

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Los alimentos en el derecho de familia según la legislación  
brasileña**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Joao Mauricio Regadas**

**Madrid, 2015**

Rd. 54.374



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



532707728X

TE  
190

UNIVERSIDAD CENTRAL DE MADRID

- FACULTAD DE DERECHO -

LOS ALIMENTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

SEGUN LA LEGISLACION BRASILEÑA



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

Tesis doctoral

JOAO MAURICIO REGADAS

- Abogado -

Dirección del CATEDRATICO:

Excmo. Sr. Dr. D. ALFONSO GARCIA VALDECASAS

M A D R I D

- 1959 -

i 37820606

A mi querida MADRE y a la  
memoria de mi recordado -  
PADRE, con todo amor y ca  
riño.



LOS ALIMENTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

SEGUN LA LEGISLACION BRASILEÑA

## P R O L O G O

Indudablemente, la familia es la base exponencial de la sociedad. Esta será tanto más fuerte y sana cuanto más sea el núcleo familiar.

Los grandes imperios y las grandes naciones conocieron el grado máximo de su apogeo mientras tenían en la familia su punto de apoyo, que transmitían a las generaciones el sentido perfecto del cumplimiento del deber a par de imbuir en las mentes que se desarrollaban la noción de respeto a sus semejantes. Sin embargo, la decadencia y el desmoronamiento de la hegemonía de los pueblos se hacían notar concomitantemente con la ruina y aflojamiento de los lazos que unían los individuos en la pequeña comunidad del hogar. Mirando las páginas de la historia esta verdad asoma nítida e irrefutable.

Es necesario, para el engrandecimiento de una patria, que los elementos que la componen gocen de una justa, equitativa y larga protección, protección ésta que debe empezar en su ámbito más restringido, cuya expresión más singular y positiva es la Familia.

Eligimos para tema de nuestro modesto trabajo una de las facetas entre las numerosas que el Derecho dedica a la Familia: los ALIMENTOS.

El Derecho extiende su fuerza de coercibilidad al instituto de los Alimentos, en vista de que muchos individuos no cumplen espontáneamente la obligación que les es impuesta por el deber natural de ayudar a aquellos que guardan estrecha relación de descendencia y afectividad. Además de contrariar uno de los principios básicos de la naturaleza, transgreden la norma que en este sentido dicta la Moral. Pero la Moral carece de obligatoriedad, y cuando la obligación de prestar alimentos, hecho conocido y notorio - que cada uno lleva consigo mismo, es descumplida, nada acarrea en el campo de la ejecutoriedad. Hay necesidad, pues, de una medida eficaz para hacer cumplir este deber y ella nos es dada por el Derecho. Aunque Moral y Derecho tengan un único punto de partida no tienen el mismo alcance.

Podríamos discurrir sobre los Alimentos de una manera general, pero preferimos dar a conocer cómo el instituto es tratado en nuestra legislación, la brasileña, pero no lo hacemos de manera restricta; focalizamos la materia a la luz del Derecho Comparado de modo que los problemas alcancen dimensión en las diversas legislaciones, obedeciendo, naturalmente, cada caso, con sus particularidades, al Derecho positivo a que ellos pertenezcan.

Procuramos dar una visión general de esta importante rama del Derecho de Familia, principiando con la teoría

general, sus características y diferentes matices; lo analizamos frente a los parientes, y para finalizar hemos hecho la apreciación bajo el matrimonio, durante su perma - nencia, su posición mientras se desarrolla el proceso de separación y, por fin, después de él disuelto.

Es interesante esclarecer desde ahora un aspecto singular del matrimonio en nuestro Derecho; no existe el divorcio, solo conociéndose el "desquite", que viene a - ser un divorcio relativo, con la característica de la imposibilidad de contraer nuevas nupcias. Seria para algunas legislaciones, el divorcio de católicos.

Nuestro trabajo está hecho bajo la égide de la objetividad, con lo cual los problemas son observados desde el lado práctico, en la medida que nos ha sido permitido.

---

LOS ALIMENTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

SEGUN LA LEGISLACION BRASILEÑA

TITULO      PRIMERO

NOCIONES    GENERALES

## C A P I T U L O      I

### CONCEPTO,    ESPECIES    Y    FUNDAMENTOS

SUMARIO: 1. LO QUE SE ENTIENDE POR ALIMENTOS. - 2. CONCEPTO. - 3. CLASES. - 4. ESPECIES. - 5. FUNDAMENTOS: APRECIACION DEL ASPECTO MORAL, FAMILIAR Y ESTATAL. - 6. DERECHO A LA VIDA. - 7. NUESTRO ESTUDIO.

## LO QUE SE ENTIENDE POR ALIMENTOS

1. Todo organismo vivo necesita de alimento para poder subsistir. La más simple especie animal requiere este elemento precioso para prolongar su existencia. Sin él, la vida sería efímera y no se extendería más que a un corto espacio de tiempo.

El hombre, poseyendo el organismo más perfecto y complejo, no es una excepción. Podríamos, entonces, decir, en lenguaje común, que alimento es todo lo que sirve para la manutención del organismo humano.

Sin embargo, en la acepción jurídica, este significado abarca solamente una parte de la cuestión, esto es su sentido estricto. No es suficiente esta parcela mínima; el significado alcanza, además de lo material para el organismo, un aspecto social. Se incluye, así, el vestuario, la habitación, el tratamiento de enfermedades y la educación e instrucción, cuando se trata de menores. En nuestro sentir, los alimentos, en el aspecto jurídico, son de carácter esencialmente social.

El hombre es un ser social por excelencia. Desde los comienzos de la vida humana, el individuo ha sentido



la necesidad de mantener con sus semejantes una vida en común, posibilitando de esta manera una existencia más feliz, más segura y más tranquila. La familia ha contribuido para esta unión con el suceder de las generaciones; en ella, además de predominar el instinto de cooperación, existe un lazo mucho más fuerte que es el lazo de la sangre.

El individuo, al nacer precisa de cuidados, pues por sí solo no tiene suficientes fuerzas para enfrentarse con las vicisitudes de la existencia. Las atenciones maternas son en esta fase, más que en ninguna otra, indispensables a la formación del hombre. Una vez formado física y psicológicamente, cooperará en el medio social, haciendo su contribución en la medida de sus propias aptitudes. En la senectud, por regla general, habiendo dado ya su cooperación a la sociedad, precisa que esta le auxilie a pasar sus últimos años de existencia.

Este deber de ayuda, de cooperación, es observado en todos los grupos sociales, desde el más pequeño hasta el más amplio. Las legislaciones consagran en su articulado una mutua asistencia entre los cónyuges, base y sustento de la familia. Por otra parte, establecen por idéntico motivo la prestación alimenticia entre los parientes. La sociedad no abandona a aquellos que no tienen a quien

apelar o, si tienen, no están en condiciones de prestarles el auxilio necesario; para ellos mantiene asilos, hospitales, etc., sin hablar de las fundaciones mantenidas por particulares. También en el campo internacional, aunque con un fin político, existen los auxilios a los pueblos menos desarrollados, que son establecidos por los responsables y dirigentes de las naciones. En el fondo, todo esto no es nada más que un esfuerzo por mejorar las condiciones de vida de los individuos con un fin acentuadamente social.

Ya en los tiempos antiguos de Roma, el Estado hacía reparto de trigo, harina, aceite, etc., que la mayoría de las veces tenía en vista un fin político, siguiendo la orientación de algunos ciudadanos particulares que tuvieron iniciativas en éste sentido, como Helcio y Plinio el Joven. Trajano estableció los "Alimentaria Pueri et Puella<sup>ae</sup>", siendo completado el sistema por emperadores posteriores, sobre todo por Marco Antonio y Séptimo Severo. La orientación de Trajano fué modificada por los Césares cristianos que han dado nueva forma a lo establecido por dicho emperador (1).

(1) Cf. Puig Peña, "La deuda alimenticia entre parientes", en la Revista General de Derecho, tomo IV, 1948, Valladolid, pág. 130/131, nota 2.

En la "Enciclopedia Española de Derecho y Administración", Arrazola (2), al referirse a los alimentos, dice: "Esta palabra, que en su sentido recto significa las cosas que sirven para sustentar el cuerpo (Alimentum: de ab alere, alimentar, nutrir) se aplicó por translación y se usa en lenguaje jurídico para designar lo que se da a una persona para atender a su subsistencia".

Debemos entender como "subsistencia" todo lo que hemos dicho anteriormente: nutrición del cuerpo, habitación, vestido y tratamiento en las enfermedades. Tal es el sentido que muchos autores le han dado, pues al referirse a alimentos engloban estos factores (3).

Hablar de alimentos, pues, no significa simplemente lo imprescindible para que uno no muera de inanición. Comprende un ámbito más amplio, en nuestra opinión, impuesto por el carácter social que está intrínsecamente ligado al sentido jurídico de los alimentos.

---

(2) Arrazola, "Enciclopedia Española de Derecho y Administración", tomo II, Madrid, pág. 511.

(3) Vease Coelho da Rocha, "Instituições de Direito Civil Portugues", tomo I, 4ª ed., Coimbra, pág. 219; Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino", vol. II, Buenos Aires, 1955, pág. 346/347; Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", tomo II, trad. española, Habana, 1946, pág. 33/34; Lafayette, "Direitos de Família", 5ª ed., Rio de Janeiro, pág. 328, 1956, - Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", 8ª ed., Rio de Janeiro, 1956, pág. 385.

Los alimentos, en general, son proporcionados en forma de una cierta cantidad de dinero, cantidad ésta su ficiente para cubrir todos los gastos. Decimos "en gene ral" por una razón: hay otra forma de prestarlos que con siste en recibir al alimentado en casa de aquel que debe la prestación alimenticia.

El hombre civilizado tiene que vestirse; lejos - está la época en que no era necesaria ninguna o casi nin guna indumentaria. Quien pide alimentos no tiene medios para alimentarse en el sentido vulgar de la palabra y mu cho menos para vestirse. El medio social exige que cada cual se presente decentemente vestido y, consecuentemen- te justo es que se comprenda dentro del significado de - alimentos el requisito de la indumentaria, como también los gastos de enfermedad, por el simple hecho de que tan to enferma el que tiene medios de enfrentar las expensas de médico y medicinas como aquel que no los tiene.

Tratándose de menores, además de comprender lo - necesario para el sustento, habitación y gastos de enfer medad, los alimentos deben alcanzar la educación y la - instrucción; el niño de hoy será hombre mañana y si no - está preparado moral e intelectualmente, no desempeñará con provecho su actuación en la sociedad.

Otro aspecto que debemos resaltar en materia de

alimentos es el que se refiere a la fijación del "quantum". Ellos serán suministrados siempre atendiéndose a las posibilidades económicas de quien está obligado a darlos y a las reales necesidades de quien los pide. Es la regla de la proporcionalidad; aquel que tiene lo justo para mantenerse no podrá ser obligado a sustentar a otro, en atención a que con tal hecho pasaría a ser un necesitado. Si, por el contrario, sus posibilidades económicas son de tal monta que, si aún con el cumplimiento de este deber tenga lo suficiente para vivir, nada impide que cumpla con la obligación. Resulta, aún, que para la determinación de la cifra de la obligación alimenticia tiene que tenerse en cuenta la posición social de ambos. En este sentido, Piñar Lopes, siguiendo a Royo Martínez (4), ha dicho que el concepto de alimentos no es un concepto fisiológico si no social.

Pensamos que en el sentido jurídico, los alimentos tienen un carácter eminentemente social, no solamente por la determinación de su cuantía, que obedece a la posición ocupada en el medio donde viven los elementos humanos, sino también por todos los motivos antes expuestos.

---

(4) Piñar Lopes, "La prestación alimenticia en nuestro Derecho Civil", en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 199, 2º semestre, 1.955, página 33.

C O N C E P T O

2. El Código Civil brasileño se ocupa de los Alimentos en el Capítulo VII, Título II. En el cuerpo de su articulado no hay una definición de este instituto. Dispone el art. 396 que: "De acuerdo con lo prescrito en este capítulo pueden los parientes exigir unos de los otros los alimentos de que necesitan para sobrevivir".

La doctrina ha procurado dar la justa acepción a la palabra "sobrevivir"; comprende, como ya acentuamos - al referirnos al sentido de la palabra "subsistencia", - mencionada por Arrazola, todas las necesidades inheren - tes a la vida, bajo un criterio pragmáticamente social.

El sentido adecuado de la expresión ha sido completado basándose en la propia ley, por los estudiosos , con el tenor del art. 1.687, que se refiere a los lega - dos, así redactado: "El legado de alimentos alcanza el - sustento, la curación, el vestuario y la casa, mientras el legatario viviere, además de la educación, si él es - menor".

En nuestro modo de sentir, no hay duda de que se puede obtener datos preciosos del enunciado legal a que acabamos de aludir. Pero, por tratarse de materia tan -

distinta de la que estamos estudiando, ya que el legado viene a ser una obligación establecida por la voluntad individual, podemos, a lo más, extraer una idea sólo superficial de la prestación alimenticia. El legado es un acto unilateral que obedece al mayor o menor grado de amistad y desprendimiento de quien lo hace. La prestación alimenticia propiamente dicha es un deber establecido por la ley, que obedece a una serie de circunstancias completamente ajenas a las que determinan el legado, como por ejemplo, el carácter social, la variabilidad, etc. aunque guarde una cierta similitud muy poco acentuada con el legado.

Un Código Civil que trata con minucioso interés la materia alimenticia es el español que, como muy bien ha puesto de relieve Fernández Clérigo (5) en su excelente trabajo, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", es una de las legislaciones más perfectas y detalladas sobre el asunto.

En el art. 142 dice qué se entiende por alimentos, estableciendo que los es "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica

---

(5) Fernández Clérigo, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", México, 1947, pág. 532.

según la posición social de la familia. Los alimentos - comprenden también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad".

Podemos establecer el concepto de los alimentos, con las siguientes palabras: "Alimentos, en terminología jurídica, significa todo lo necesario para la vida, según las condiciones de quien los da y de quien los recibe, comprendiendo sustento, habitación, ropa, tratamiento de enfermedades, y educación e instrucción cuando se trate de un menor de edad".

#### C L A S E S

3. Apuntamos tres clases de alimentos, a saber: legítimos, convencionales o testamentarios y obligacionales, teniendo en cuenta el origen o la fuente de donde proceden (6).

- (6) Piñar Lopes, cit., pág. 9, acepta la clasificación de Giorgi Bo, en "Il diritto degli alimenti", vol. I Milan, 1935, que establece: "ius alimenta ex lege, ius alimenta ex hominum dispositione y ius alimenta ex delicto obtinendi"; Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", tomo V, vol. II, 2ª ed., Madrid, 1898 pág. 1.201, se expresa así: "familiares o legales, y patrimoniales o voluntarios (convencionales, testamentarios o fundacionales) y judiciales (definitivos o provisionales)".



a) Legítimos.

Alimentos legítimos son los establecidos por la ley debidos por derecho de sangre (jure sanguinis) o por el matrimonio. Cuando nos referimos a la obligación legal alimenticia lo hacemos conforme a la clase que acabamos de apuntar; es asunto específicamente del Derecho de Familia, pues el vínculo principal de dicha obligación se encuentra intrínsecamente relacionado con la familia que surge primeramente como un deber moral, constituyéndose más tarde en un deber jurídico (7).

Los alimentos entre parientes están regulados en los arts. 396 y siguientes del Código Civil, donde se contemplan los diversos grados, observándose discrepancias con diversas legislaciones, a veces, bien acentuadas. En cuanto al matrimonio, el deber de mutua asistencia está previsto en el art. 231, nº V. El deber de alimentos en el matrimonio se extiende, obedeciendo a ciertas circunstancias, hasta después de terminada la sociedad conyugal,

---

(7) "La obligación legal de alimentos entre parientes entra de lleno en el campo de los derechos patrimoniales familiares", dice Beltrán de Heredia, "La obligación legal de alimentos entre parientes", en Acta Salmanticensis, Derecho, tomo III, nº 3, Universidad de Salamanca, 1958, pág. 31.

como en el caso de "desquite" (8). Del matrimonio provienen los deberes de la patria potestad y con esto la obligación de alimentar a los hijos menores (art. 379) (9). - Las relaciones entre los padres y los hijos mayores están regidas por los arts. mencionados en el caso de los parientes, pues se trata de obligación entre ascendientes y descendientes.

- 
- (8) "Desquite" es el término usado en el Derecho brasileño para designar la separación, a diferencia del Divorcio vincular, que no existe en nuestra legislación.
- (9) Beltran de Heredia, cit., págs. 12 y siguientes, señala, con debida precisión, las distintas fuentes de los alimentos entre cónyuges, diciendo: "Se observa - que la prestación de alimentos debida en el cumplimiento del deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente tiene su fuente en el "estado de cónyuge" adquirido con el matrimonio y con absoluta independencia de un "estado de necesidad". Añade más adelante que éste "surge o empieza cuando termina el deber de socorrerse mutuamente" establecido en el art. 56, ya que, en el derecho español este artículo (56) habla de socorro mutuo y el 143, n.º 1, se refiere a la obligación recíproca de darse alimentos. Hace también notar que en relación a la patria potestad; o sea, el padre con relación al hijo no emancipado, y la obligación de padre e hijo - en la mayoría de éste - "hay que sostener que se trata de obligaciones diferentes" pues "son distintas las fuentes de ambas obligaciones alimenticias".

b) Convencionales o testamentarios.

Los alimentos pertenecientes a esta clase se deben a la libre disposición de aquellos que los instituyen. Pueden provenir de actos "intervivos" o "mortis causa", y citaremos por vía de ejemplo, los legados, las rentas, las donaciones, etc. Sus normas son determinadas por las leyes que les sirven de fundamento.

c) Obligacionales.

Los alimentos obligacionales tienen su origen en el acto ilícito y también se rigen por las normas específicas que los constituyen.

E S P E C I E S

4. Dentro de los alimentos legítimos, los únicos que tomamos para nuestro estudio, distingúense dos especies, a saber: civiles y naturales (10).

A) Civiles son los alimentos que comprenden todo lo necesario para la conservación y desarrollo de la vida social. Esto significa que los alimentos deben ser determi-

---

(10) Espín Cánovas, "Manual de Derecho Civil Español", vol. IV., 1956, pág. 303, los llama: alimentos amplios o restringidos, refiriéndose a los civiles y naturales respectivamente.

nados según las exigencias del medio social y el grado de cultura del beneficiado, dentro de las posibilidades económicas de la persona obligada. Serán fijados con una prudente amplitud de modo que pueda atender todas las exigencias del medio en que vive el alimentado, pero, teniendo siempre en cuenta, que la cuantía debe ser establecida dejando al alimentante recursos bastantes para su sustento y sin que constituya un enriquecimiento a título gratuito para el alimentado. La educación intelectual de éste merece cuidadosa apreciación cuando se trata de un menor; así, si un padre abandona el hogar, dejando a su hijo en medio de un provechoso curso de música, por ejemplo, y tiene el padre medios suficientes, los alimentos fijados deben incluir la continuación de estos estudios, además del cómputo de las otras parcelas de la prestación debida. No cabe la alegación de que sea un gasto superfluo, o de que pueda ser dispensable, porque se trata del perfeccionamiento de la educación debida a las exigencias de la posición social y también por permitirlo los recursos existentes.

B) Naturales son los alimentos estrictamente indispensables para la vida normal de cualquier persona. En este caso, la clase o categoría social de quien recibe los alimentos es elemento extraño para la determinación de la cuantía que se ha de fijar.

Se observa, pues, que la diferencia que existe entre los alimentos civiles y naturales se encuentra, realmente, en la cuantía suministrada debido al criterio adoptado para su fijación; será menor cuando se trata de los naturales y superior, fluctuando entre grandes variaciones, tratándose de los civiles.

Por regla general, siempre que se utiliza el término "alimentos", se hace referencia a los civiles.

Nuestra ley no establece esta distinción, dejando este aspecto para la doctrina. El juez tendrá que determinar los alimentos basándose en los datos que se le presenten, según cada caso concreto. Dice el art. 5º de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño que: "En la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común". Determina, por otro lado, en el art. 4º, que: "Cuando no haya ley expresa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho", disposición análoga al art. 6º, párrafo 2º del C.C. español. Además, existe una ley, la nº 968, de fecha 10 de diciembre de 1939, que establece el acuerdo en las causas de alimentos, según la cual el juez debe personalmente oír, en forma separada o conjunta, a las partes para formar un justo concepto de las necesidades por parte de quien pide y

de los recursos financieros de aquel a quien se solicitan los alimentos, concretamente el art. 2º.

Así, tendrá el representante de la Justicia medios suficientes para la determinación de los alimentos, con una base bastante sólida y segura.

En la legislación chilena encontramos una división de los alimentos en congruos y necesarios (art. 323), con un significado idéntico a los civiles y naturales, respectivamente. Tratándose de menores de veintiún años, la enseñanza primaria, como asimismo la de una profesión u oficio, está comprendida en la obligación alimenticia, sea que se trate de alimentos congruos o necesarios. Tienen derecho a alimentos congruos todos aquellos que forman parte de la familia legítima y también quien ha hecho una donación cuantiosa, si ésta no hubiere sido rescindida o revocada; también, tiene derecho a alimentos congruos el hijo ilegítimo cuando ha sido concebido en la fecha de la violación, estupro o rapto de la madre, recayendo la obligación sobre el ofensor. Cesa la obligación de prestar cualquier especie de alimentos en el caso de cometerse injuria atroz (art. 324 Código Civil chileno). Los necesarios se conceden a la familia natural o ilegítima, y en el supuesto del beneficiario de alimentos congruos que comete injuria grave contra la persona que le debía alimentos.

Reconocen los autores españoles que su legislación distingue dos tipos de alimentos, los civiles y naturales, siendo los primeros los del art. 142 y los otros los del art. 143 (11). Puig Peña (12) señala que los civiles son otorgados al cónyuge, ascendientes y descendientes, y los naturales se conceden a los hermanos y a los hijos ilegítimos en los que no concurren la condición legal de naturales.

Es ya tiempo de considerar cómo debe resolverse la cuestión de los alimentos civiles y naturales en nuestra legislación, dado que, como hemos dicho, corresponde a la doctrina establecer los conceptos de las dos especies de alimentos y también indicar cuándo pueden ser aplicados, pues en el articulado del Código nada encontramos al respecto. En cuanto al alcance de las dos especies de alimentos, ya tuvimos ocasión de hacer algunos comentarios y trazar sus contornos.

Ahora bien, ¿cuándo son aplicables unos u otros? En nuestro modo de sentir, en principio siempre son debidos

---

(11) Bonet Roman, "Derecho Civil Común y Foral", vol. II, pág. 416, Madrid, 1.940; Sánchez Román, ob. cit. tomo V, vol. II, pág. 1.202.

(12) Puig Peña, cit., pág. 198/199.

los alimentos civiles. Entonces, ¿cómo justificar la divi  
sión?. Se parte del supuesto de que quien pide alimentos,  
se encuentra en necesidad; el instituto de los alimentos -  
tiene un fin eminentemente social, y es establecido para -  
ayudar a aquellos a quienes la suerte les ha sido adversa.  
Consecuentemente, procura compensar esta debilidad im-  
poniendo la obligación, a quien puede, sin perjuicio de sus  
propias necesidades, para atender la situación del semejan-  
te. Los naturales, entonces, sirven de punto de referen-  
cia en la fijación del valor mínimo de los alimentos, míni  
mo que atiende a las necesidades más elementales de la e-  
xistencia. De todas formas, el juez determinará conforme  
su prudente arbitrio, la cuantía de la prestación alimenti  
cia.

Así, los alimentos naturales sirven de base para -  
la fijación del valor de la obligación, mientras que los -  
civiles alcanzan cifras mayores, dependiendo de los recur-  
sos de quien los suministra, y la división sirve para orien  
tar al juez en su apreciación. El aspecto social es de re  
levante importancia, elevando o disminuyendo el valor de -  
la prestación. Podría preguntarse si, con tal afirmación,  
en que se destaca el valor del aspecto social, no se esta-  
blece una incoherencia con el concepto de alimentos natura-  
les, en los cuales no es tenido en cuenta; creemos que no -



la hay, y esto porque en los alimentos naturales no se atiende a la condición social del necesitado por la simple razón de que su objeto es establecer el mínimo con que se puede vivir.

FUNDAMENTOS: Apreciación del aspecto moral,  
familiar y estatal.

5. Tenemos presente en nuestro espíritu que la obligación alimenticia es un instituto que ha venido en socorro de los desamparados por la suerte o de aquellos que necesitan de cuidados en los primeros años de vida. Son palabras de Clovis Bevilacqua (13): La obligación alimenticia "es una relación familiar que se basa en el vínculo de parentesco (jure sanguinis); no obstante, interesa directamente a la sociedad. Los romanos la denominaban "officium" y "pietas", expresiones que traducen el fundamento moral del instituto, el deber de socorrerse mutuamente los parientes en la necesidad".

Es indudable que la obligación legal de prestar alimentos tiene hondas raíces morales, provenientes del de

---

(13) Clovis Bevilacqua, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Comentado", col. II, 11ª. ed., Rio de Janeiro 1956, pág. 301.

ber de solidaridad que une a los miembros de una familia en consideración al cual la ley sanciona el deber de socorrer a los semejantes.

La Moral, sin duda alguna, es rica en sus determinaciones; es, realmente, fértil en la creación de normas y modos de proceder, acomodando la conducta humana a las conveniencias sociales, con el único objeto de conseguir el bienestar común. No obstante, carece de medios para imponer el cumplimiento de sus determinaciones por ser una norma unilateral, no atribuyendo facultades ni pretensiones pues no se trata de una norma de garantía. Así, su inobservancia no es seguida de una sanción determinada, no teniendo posibilidad de imponerse con gran eficacia.

A este fin, viene a su respaldo el Derecho que, estableciendo la norma jurídica, trae consigo la fuerza de la coercibilidad. Dice Del Vecchio (14) que: "A todo sistema jurídico corresponde un sistema moral; entre ambos existe una coherencia necesaria", pensamiento que nos expone con toda claridad la relación íntima que guardan el Derecho y la Moral.

Con todo, según la precisa fórmula de Bentham, el Derecho y la Moral si tienen el mismo centro, no tienen la

---

(14) Giorgio del Vecchio, "Filosofía del Derecho", tomo I, 2ª ed., trad. española, Barcelona 1935, pág. 415.

misma circunferencia. Esto quiere decir que el primero completa al segundo porque posee medios para hacer cumplir las normas inspiradoras en el comportamiento humano, delineadas por los principios orientadores de una coexistencia pacífica, comprensiva y feliz entre los hombres. Además, podemos asegurar que las reglas de la organización familiar son más bien preceptos de moral que normas de Derecho.

La obligación alimenticia es un sencillito producto - del medio social; es, por otra parte, la necesidad originada por las relaciones que surgen del deber de ayuda entre - las personas ligadas por lazos familiares. La Moral subraya este deber, que toma cuerpo en las legislaciones porque el Derecho presta a estos principios la fuerza de coacción. Si las personas cumplieran con sus obligaciones, bastaba la normal moral, pero ella sólomente no es suficiente pues no todos satisfacen espontáneamente los encargos que son im - puestos por el medio en que viven, siendo, entonces, necesario que el Derecho venga a imponer la obligación y al par - de esto, su fuerza coactiva para el caso de su incumplimiento.

La Familia es la base de la sociedad. En el decir de Josserand (15), "tiene el valor de un grupo étnico, in -

---

(15) Josserand, "Derecho Civil", tomo I, vol. II, trad. española, Buenos Aires, 1950, pág. 4.

termedio entre el individuo y el Estado". Su importancia es transcendental y cuanto más impregnadas están sus normas de principios morales y religiosos, tanto más revelan el grado de desarrollo y perfección del núcleo social a que pertenecen. Esclarecen las voces unísonas y autorizadas de Planiol y Ripert (16) que "el derecho de familia se rigió en Francia durante largos siglos por el derecho canónico; y si bien la Revolución lo secularizó, no ha podido, sin embargo, cambiar su carácter, y, en la medida en que las leyes revolucionarias y las leyes modernas se han apartado de los principios en que había sido establecida la familia, han debilitado la solidez de la institución".

Las normas que constituyen la esencia del grupo familiar están impregnadas de un carácter natural que crea la interdependencia de obligaciones, arraigadas por otro lado no sólo en la Moral y en la Religión, sino también en las costumbres, poseyendo su correspondencia en el orden jurídico: el legislador lejos de establecerlas libremente no hace más que sancionarlas.

Además, se observa en la constitución del núcleo social que forma la familia otro aspecto muy importante que es el carácter de orden público. Los principios establecidos -

---

(16) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 12.

son imperativos; es el interés social que procura a través - de las normas del Derecho proteger la organización de las familias, dándoles estabilidad y firmeza.

Es obvio que para concretar una relación familiar, - compete al individuo el primer paso o la iniciativa, pero u - na vez formulada, no pueden alterar la regulación legal, a - no ser en casos especialísimos y excepcionales (17).

No cabe duda que el Derecho de Familia posee un núme - ro bien acentuado de normas de Derecho Público, pero esto no autoriza a encuadrarle en esta rama del Derecho, y mucho me - nos, como desean algunos (18), sistematizarlo sobre bases autónomas, con perfecta separación del Derecho Privado y con - construcción afín a la del Derecho Público. Pensamos que la clasificación del Derecho de Familia en el Derecho Privado - es la que más se ajusta a los principios en él contenidos(19)

---

(17) Cf. Castán Tobeñas, "Derecho Civil Español, Común y Fo - ral", tomo V, vol. II, 7ª ed., Madrid, 1958, pág. 38. - En este mismo sentido se ha manifestado Planiol y Ripert ob. cit., tomo II, pág. 12: "Puede decirse que casi no hay normas del Derecho de Familia respecto a las cuales se admite pacto en contrario".

(18) Ruggiero, "Instituciones de Derecho Civil", vol. II, - trad. española de la 4ª ed. italiana, Madrid, 1931, pág. 708/709; Antonio Cicu, apud Royo Martínez, "Derecho de Familia, Sevilla, 1949, págs. 9 y sgts., y también Cas - tán Tobeñas, ob. cit. tomo V, vol. II, pág. 30.

(19) Véase Castán Tobeñas, ob. cit., tomo V, vol. II págs. - 31 y sgts.; Valverde, "Tratado de Derecho Civil Español"

aún reconociendo que hay preceptos con rasgos predominantemente de Derecho Público, teniendo en cuenta su valor primordialmente social.

La obligación alimenticia se acentúa desde que la familia se constituye, no sólomente por la mutua ayuda entre los cónyuges, sino más aún con el nacimiento y desarrollo de la prole. Este deber natural de proporcionar a los hijos una existencia sana va a repercutir en el desdoblamiento de los entes que integran una estirpe (20).

El Estado, como núcleo político organizado, suple las deficiencias que por una circunstancia cualquiera la familia no ha podido mantener con relación a sus miembros.

Bien entendido que la primera obligación recae sobre la entidad familiar, y una vez que ésta se encuentre sin medios para dar la debida asistencia a los entes que la componen, el Estado la sustituye, procurando amparar a los individuos, siempre que reúnan las debidas condiciones.

... tomo IV, 4ª ed., Valladolid, 1938, págs. 5 y 6, nota 2, que después de algunas consideraciones concluye diciendo que "la familia, siendo una institución eminentemente social, más que estrictamente jurídica, se comprenderá que no es un despropósito encuadrarla en el Derecho Privado".

(20) Destaca Jossierand, ob. cit., tomo II, pág. 303, que - "la asistencia familiar y su importancia práctica era muy grande en una época en que la asistencia pública casi no existía".

Así, por una cuestión de deber, mantiene a sus expensas hospitales, casas de expósitos, casas cunas, asilos, etc., que es nada más que una sustitución del deber familiar, donde se da la debida asistencia, no solamente en la parte material, sino también en la parte intelectual y psicológica, dependiendo de cada caso concreto. Un ejemplo que alcanza los tres puntos señalados es la casa de expósitos, donde el niño es alimentado, instruido y orientado para enfrentarse en el porvenir con la lucha por la subsistencia. Todo esto se traduce en la beneficencia pública, paralela a la cual se encuentra la beneficencia particular, concretada en las Fundaciones.

Observando el deber de asistencia del Estado desde otro ángulo, encontramos un aspecto en el que ente superior y abstracto que rige el destino político y administrativo de un pueblo mantiene ciertos establecimientos y entidades, no solamente por una cuestión de deber, sino también por una cuestión de seguridad. En este sentido, apuntamos, como ejemplo, el caso de las fuerzas armadas y las casas de reclusión.

Es indudable que la obligación alimenticia lleva intrínsecamente una poderosa, y por qué no decir, absoluta dosis de orden público. Para mencionar una sola muestra, basta recordar que el derecho de alimentos es irrenunciable, -

principio común en las legislaciones de los países cultos , como ha dicho Fernández Clérigo (21).

Informa Clovis Bevilaqua (22) que en nuestro Derecho, debido al carácter de orden público de que se revisten las disposiciones legales, la deuda alimenticia obliga a to dos, y si la ley nacional del extranjero no le impone esa obligación, queda él sujeto a las prescripciones del Código Civil. Lo mismo ocurre con el estatuto francés, conforme - esclarece Josserand (23).

Aún teniendo en cuenta el carácter de orden público conviene apuntar un aspecto de interés relevante; la Consti tución brasileña prohíbe la prisión civil por deuda. No obs tante, existen dos excepciones, y una de ellas se refiere - al incumplimiento de la obligación alimenticia. Así dispone el art. 141, párrafo 32: "No habrá prisión civil por - deuda, multa o costas, salvo el caso del depositario infiel y el de incumplimiento de la obligación de alimentar, en la forma prescrita por la Ley".

Tan grande es la importancia del instituto de los - alimentos que ya traspasó el ámbito del Estado para llegar hacia la esfera internacional, debido a su carácter de or -

---

(21) Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 527.

(22) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 301.

(23) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 332.



den público.

Así, el Código de Bustamante, Código de Derecho Internacional Privado, aprobado por la VI Conferencia Internacional Americana de la Habana, que tuvo lugar el 20 de febrero de 1928, ha determinado ser de orden público internacional las leyes que obligan, por igual, a todos los que viven en el territorio, sean o no nacionales, según la propia clasificación estatuida en el Código (art. 3º) y bajo el mismo concepto, la regla que da al hijo el derecho de alimentos (art. 59), así como también las disposiciones que establecen el deber de prestar alimentos, su importe, reducción y aumento, la oportunidad en que son debidos y la forma de su pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho (art. 68). La ley personal del alimentado es la que determinará el concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extinción de ese derecho (art. 67).

Existe, por ende, tanto bajo el punto de vista de la Moral, como de la Familia y del Estado, un elemento sistematizador coherente y siempre presente que es el social, que mantiene su acentuado matiz en todos los momentos en que aparece la idea de alimentos.

DERECHO A LA VIDA

6. Hemos hecho ponderaciones sobre el fundamento de la obligación de prestar alimentos, señalando los aspectos más relevantes de este instituto frente a la Moral, a la Familia y al Estado.

En todos ellos, sentimos que hay un denominador común fuertemente subrayado por el medio ambiente en que se desarrolla, o en otros términos, por el medio social. No se puede negar que el factor social ejerce una gran influencia en materia de alimentos, pues en todos los aspectos se hace notar, y muy principalmente en la determinación del "quantum", al que alcanzan primordialmente los principios de la proporcionalidad y condicionalidad, que en el decir de Clovis Bevilaqua (24) son los cánones fundamentales de la teoría de los alimentos.

La existencia carece de medios para poder ser mantenida, y estos medios se traducen en los alimentos. En cualquier sector del universo, donde haya vida, este principio, es por la propia naturaleza explotado de la manera que mejor conviene al grupo, haciendo así posible la perpetuación de la especie. El hombre, por un instinto natural, procura

---

(24) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 304.

para sobrevivir todos los medios que estén a su alcance y coopera en este mismo sentido ayudando al prójimo, dentro de sus posibilidades. Este espíritu de ayuda no queda solamente en el individuo sino que se extiende a la familia, ampliándose gradualmente hasta alcanzar la esfera estatal.

Cada individuo tiene el deber y el derecho de alimentar y ser alimentado; cumplirá el deber cuando se encuentre con recursos para tal y apelará al derecho de ser socorrido cuando carece de medios con que pueda mantenerse.

Para nosotros, el fundamento de la obligación alimenticia es el derecho a la vida (25). Ciertamente es que no se trata de un derecho absoluto, como la propia vida, sino de un derecho relativo que en su esencia sirve de medio para la conservación de ella, y actúa bajo determinadas circunstancias, tornándose positiva frente a los sujetos que son llamados a cumplir el deber. Este deber es impuesto -

---

(25) Así también Sánchez Román, ob.cit., tomo V, vol. II, pág. 1.202; Tedeschi, "Gli Alimenti", en el vol. III, del tomo II, del "Trattato de Vassali, 2ª ed., Torino, 1951 pág. 357, apud Castán Tobeñas, ob. cit. tomo V, vol. II pág. 284; este último autor, a la pág. 283, dice que - "la obligación legal de los alimentos se funda en el vínculo de solidaridad y en la comunidad de intereses entre los miembros del grupo familiar". Royo Martínez, ob. cit., pág. 316, expone su pensamiento, diciendo que la razón de los alimentos se encuentra en la solidaridad establecida por el Derecho. "El fundamento del derecho de alimentos es -manifiesta Mucio Scaevola- la necesidad del sujeto mismo, el derecho a la vida física e intelectual que todos los individuos tienen" en el Código Civil, tomo II, 5ª ed. Madrid, 1942, pág. 441. En este mismo sentido, Beltrán de Heredia, cit., pág. 31.

no sólomente por razón Moral y Familiar, sino preponderantemente por una razón social.

### NUESTRO ESTUDIO

7. Vamos a tratar en este trabajo los alimentos que pertenezcan exclusivamente al Derecho de Familia, esto es, los que clasificamos de "legítimos", pues las otras clases rígense por otros principios, habiendo solamente el denominador - común en lo que se relaciona con el concepto (26).

---ooOoo---

---

(26) Hace notar Lehmann, "Tratado de Derecho Civil (Derecho de Familia)", trad. española de la 2ª ed. alemana. Madrid, 1953, pág. 390, que "la ley configura la prestación de alimentos como pretensión de derecho familiar, a la que afectan, en primer término, consideraciones - de carácter familiar y no obligacional", mencionando - más adelante que "la analogía con el derecho de obligaciones sólo debe entrar en consideración en cuanto las peculiaridades del Derecho de Familia no exijan un tratamiento especial".

## C A P I T U L O    I I

### ASPECTOS DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA Y SUS CARACTERES

SUMARIO: 8. OBLIGACION LEGAL ALIMENTICIA. - 9. SUJETOS. -  
10. PERSONALIDAD DE LA DEUDA. - 11. CONDICIONALIDAD. - 12. PROPORCIONALIDAD. - 13. INTRANSMISIBILIDAD. - 14. IRRENUNCIABILIDAD. - 15. NO SOLIDARI  
DAD Y DIVISIBILIDAD. - 16. RECIPROCIDAD. - 17. IM  
PIGNORABILIDAD. - 18. INCOMPENSABILIDAD. - 19. IN  
DISPONIBILIDAD Y NO RESTITUCION. - 20. PRESCRIP -  
CION.

### OBLIGACION LEGAL ALIMENTICIA

8. La obligación legal alimenticia, como el propio nombre indica, resulta de una determinación de la Ley. En sus artículos comprende los diferentes aspectos de este deber - que tiene una gran importancia en el medio social. Así se determina su prestación, desde cuándo son debidos, la cuantía, su principio y su fin, variabilidad del importe, forma de pago, a quién y por quién son debidos, además de establecer los principios específicos e inherentes a él.

El deber de ayudar es un deber natural, surgido de las propias contingencias de la sociedad; cuando este deber es observado espontáneamente tenemos como resultado el bienestar social. Esta obligación adquiere más relieve e importancia cuando actúa frente a la entidad familiar, pues - fué en su ámbito donde ella se manifestó primeramente como un deber de socorro y asistencia.

Las legislaciones consagran la obligación alimenticia, la cual en el decir de Josserand (27) "es un deber impuesto jurídicamente", haciéndose necesaria, de esta manera utilizar la coacción para el caso de su incumplimiento,

---

(27) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 303.

pues los conceptos de coercibilidad y de Derecho son real y lógicamente inseparables. Es obvio que la obligación legal de prestar alimentos tiene hondas raíces morales, pero sus normas carecen de este poder de obligatoriedad, siendo, entonces, necesario que el Derecho venga en su auxilio.

Además, el instituto de los alimentos guarda con el orden público una estrecha relación, poseyendo preceptos inderogables. Así, por ejemplo, no es posible renunciar a los alimentos, pues tal acto viene a herir frontalmente un principio establecido en ley. De la misma forma, no es posible un acuerdo entre las partes para hacer prolongar la prestación alimenticia después de la muerte del alimentante. Tales convenciones particulares, procedentes de la voluntad individual y particular no podrán prevalecer sobre los principios de orden público, donde se manifiesta un superior interés social por el bienestar del individuo.

La obligación legal alimenticia, como un deber establacido por ley, obedece a principios lógicos y de acentuada equidad. La prestación alimenticia que incumbe a una persona para asegurar la subsistencia de otra debe estar basada en las condiciones económicas de ésta y en las reales necesidades de la que va a ser beneficiada. Dice Bonneca - se (28) que "la obligación alimenticia es una relación de -

(28) Bonnecase, "Elementos de Derecho Civil", tomo I, trad. española, México, 1945, pág. 613.

derecho en virtud de la cual una persona se encuentra obligada a subvenir, en todo o en parte, a las necesidades de otra". "Para obtener esta prestación (la de alimentos) -dice Beltran de Heredia (29)- no hay que realizar ninguna contraprestación. La prestación de alimentos es, pues, gratuita y no onerosa".

#### S U J E T O S

9. La obligación legal alimenticia, como cualquier obligación, implica la existencia de un acreedor y un deudor; tenemos por un lado, el alimentado y, en contraposición, el alimentante.

Hay, no obstante, características particulares y especiales que distinguen la materia que tratamos. Para que la prestación de alimentos tenga lugar es menester que las partes guarden entre sí la relación de parentesco previsto en ley. Además, cumple señalar que el alimentado para recibir la pensión debe encontrarse sin medios suficientes para proveer su propia subsistencia y el alimentante tener recursos para ayudarlo, sin que afecte a las necesidades inherentes a su existencia normal.

La ley indica las personas a quienes incumbe el de -

---

(29) Beltran de Heredia, cit., pág. 27.



ber de prestar alimentos; así, tenemos los parientes, comprendiendo padres y hijos, ascendientes, descendientes y hermanos cuya obligación es recíproca. Primeramente, asoma la figura de los padres y de los hijos, extendiéndose a los ascendientes, sin distinción de paternos y maternos, como hacía la doctrina anterior al Código Civil; la obligación recae en los ascendientes más próximos en grado, siendo exigida la prestación de unos a falta de otros (art. 397). Cuando no hay más ascendientes, el alimentado procura la satisfacción de sus necesidades entre los descendientes, y su reclamación debe atenerse al orden de sucesión. Contempla la ley, después de agotada la clase de los descendientes, a los hermanos, tanto germanos como unilaterales (art. 398).

De esta manera, la legislación brasileña extiende la obligación legal alimenticia a los parientes en línea directa y también a la colateral, alcanzando el segundo grado incluso, pero excluye la clase de los afines.

Conviene esclarecer que la obligación alimenticia entre padres e hijos que mencionamos, se refiere a la relación entre ellos fuera de la patria potestad, pues durante la minoría de edad la obligación es toda y exclusivamente de los padres, y, naturalmente, sin el carácter de reciprocidad, materia esta tratada por el Código en otra parte; también en lugar distinto se encuentran las relaciones alimenticias entre los cónyuges.

### PERSONALIDAD DE LA DEUDA

10. La obligación alimenticia es personalísima. Alcanza sólo a los sujetos que la integran; si deja de existir cualquiera de las partes, desaparece la obligación.

Restringido es, pues, el alcance de la deuda alimenticia; es exclusivamente entre las personas indicadas, pudiendo haber uno o más deudores, como también uno o diversos acreedores. Establecida la obligación entre ellos, sólo podrá ser modificada por una acción judicial, pues veremos que la deuda no es estable, cambiando de valor según los recursos y las necesidades de uno y de otro. Hay una escala de personas obligadas a pagar los alimentos, y el indigente llamará a aquel que debe cumplir en primer lugar el deber, pero si éste no puede, por no poseer medios económicos, pasa al siguiente; incluso, establecida la obligación y operándose una disminución sensible en los recursos de quien atendía a las necesidades del alimentado, podrá el alimentante pedir exoneración, por vía judicial, pasando, entonces, a otro que pueda satisfacer la obligación.

En general, la deuda alimenticia subsiste mientras vivan las partes, perdiendo su fuerza y existencia cuando ocurre el fallecimiento de una de ellas. Un acuerdo que ex

tienda la obligación para después de la muerte del alimentante es nulo, pues carece de base legal y además contraría el principio personal de la deuda alimenticia. Dentro del campo de la materia alimenticia no tendría acogida, pero valdría bajo el concepto de una donación de pensión.

El carácter personal de la deuda alimenticia impide que los acreedores intenten cualquier acción, tanto contra el alimentante para pedir una revisión en la deuda, rebajándola y dando así posibilidad de ser pagado el crédito con mayor brevedad, como contra el alimentado para cobrar la deuda contraída con ellos, y además está vedada la sustitución del indigente por un acreedor interesado en la cobranza de la prestación (30).

En manera alguna, podrán los acreedores interferirse en la deuda alimenticia para satisfacción de sus créditos, pues todos los medios se encuentran totalmente obstruidos; conviene resaltar que la obligación legal de alimentos es consecuencia de una relación familiar que une a dos individuos, cuya prestación tiene un destino específico que es atender a las situaciones de desamparo en que se encuentra uno de ellos.

---

(30) Vease Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 42 y sigts.; Puig Peña, cit., pág. 136; y, Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, págs. 329/330.

CONDICIONALIDAD

11. El principio de la proporcionalidad y el de la condicionalidad, que a continuación trataremos, sirve para la determinación de los alimentos como las tintas se utilizan para la pintura de un cuadro. La presencia de estos dos principios en la prestación alimenticia es imprescindible, pues permite aquilatar lo más cerca de la realidad las necesidades y recursos de los sujetos de la obligación legal de los alimentos.

La condicionalidad tiene su consagración en el Código Civil brasileño en los términos del art. 399: "Son debidos los alimentos cuando el pariente que los pretende no tiene bienes, ni puede proveer, por su trabajo, a la propia manutención y aquel de quien se reclama puede suministrarlos sin perjuicio de lo necesario a su sustento" (31).

Para un mejor estudio y mayor claridad de este principio, vamos a apreciar los sujetos de la deuda alimenticia, el alimentado y el alimentante, separadamente, señalando sus peculiaridades. Empezaremos por el alimentado .

(31) En otras legislaciones, tenemos este principio en los arts. 1.602 y 1.603 (alemana), 370 y 371 (argentina), 329 (suiza), 315 (venezolana), 438 (italiana), 208 (francesa), 330 (chilena), 420 (colombiana), 148, principio (española) entre otras.

¿Desde cuándo se considera que una persona se encuentra en necesidad?. Pensamos que no se puede afirmar "a priori" el momento exacto en que se inicia la indigencia; es asunto de hecho que debe ser examinado por el juez pues cada individuo presenta un aspecto particular, sea por su estado social, sea por diversas causas que le convierten en carente de medios para su propia subsistencia. No obstante, hay un grado mínimo, bajo el cual la prestación alimenticia se hace necesaria e imprescindible. Por eso, la acción de alimentos goza de privilegios para hacer pronto el pago, obedeciendo a aquel principio latino que dice: "venter no partitur dilationem".

Es indispensable que el alimentado se encuentre verdaderamente necesitado, sin bienes o recursos para su sustento; la indigencia debe ser justificada, estando desprovista de cualquier fuente para obtener los medios con que enfrentar las vicisitudes.

La doctrina francesa se inclina por el parecer de que la necesidad del alimentado debe ser apreciada según las rentas que obtenga, proveniente de cualquier fuente, y no de acuerdo con sus bienes, o en el decir de Josserand (32), deben ser tomados "en consideración los ingresos del

---

(32) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, págs. 313 y sgts.

requirente, más bien que su capital". Este autor, citando jurisprudencia, se manifiesta en el sentido de no ser posible obligar a quien solicita alimentos a deshacerse de un bien improductivo para conseguir una renta vitalicia. Nuestra opinión se dirige en sentido diametralmente opuesto - (33). Habiendo bienes disponibles de propiedad del alimentado, éste debe venderlos para que con su producto haga frente a sus propias necesidades, existiendo, incluso, la posibilidad de poder mantenerse por un largo espacio de tiempo, y durante éste conseguir rehabilitarse en la vida. Lo que no es justo y resulta indecoroso es sobrecargar a sus parientes con una obligación que puede ser fácilmente remediada y hasta superada.

Siempre que haya bienes disponibles - es obvio que los bienes gravados con carga real no entran en consideración - de propiedad del que demanda una prestación alimenticia, el juez no debe concederla, pues en este supuesto - el concepto de necesitado de alimentos no se ajusta a un individuo en tal condición, según nuestro modo de sentir.

Aquél que puede desenvolver una actividad lucrativa no podrá pretender que se le pase una pensión alimenticia; la imposibilidad debe basarse en razones fuertes y -

---

(33) Puig Peña, cit., pág. 13, participa de idéntico modo de pensar.

plausibles, pues el instituto de los alimentos no debe incrementar la ociosidad o estimular el parasitismo. La posibilidad de una prestación alimenticia queda vedada a aquel que se encuentra en necesidad porque no desea trabajar, pudiendo hacerlo. Esclarece Clovis Bevilaque (34) - que los alimentos son dados "pietatis causa, ad necessitatem, no ad utilitatem", y, mucho menos, "ad voluptatem".

No justifica la reclamación de alimentos la alegación de que es difícil encontrar un empleo con que ganar la vida, pues basta que el ejercicio de una profesión lucrativa sea posible para la denegación de dicho pedido. Además, pertenece a la legislación social el problema del desempleo, el cual debe estar amparado por instituciones propias. Y se subraya que la imposibilidad de trabajar es materia de hecho que el juez debe apreciar en cada caso concreto.

Apreciemos, ahora, la figura no menos importante - del obligado a la prestación alimenticia.

El alimentante para suministrar alimentos tendrá - que estar en condiciones de esto; tiene que haber un margen de exceso sobre sus propias necesidades, esto es, que sus gastos normales no absorban todos los recursos de que -

---

(34) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 304.

disponga, para que pueda serle impuesto la deuda alimenticia, pues si los recursos que tiene son los justos para su subsistencia, no tiene razón de ser la reclamación de alimentos a él dirigida. Queda sin objeto el pedido de alimentos si el alimentante no tiene recursos ni para su propia subsistencia. Como dice Josserand (35): "Donde nada hay, la caridad, aún cuando sea obligatoria, pierde sus de rechos".

Esclarecedoras son las palabras de Clovis Bevilaqua (36): "Aquel que sólo tiene con que mantenerse, no puede ser obligado a sustentar a otro. Hay obligaciones alimenticias más imperiosas unas que otras. Así, si del sustento de las personas que el pariente ya tiene a su cargo no restan sobras, no se le puede exigir que abra un espacio más en su precaria mesa, en detrimento de los que ya se sientan alrededor de ella". Sin embargo, cuando se trata de un hijo menor con relación al padre, o la mujer en relación al marido, el derecho de alimentos es imperioso, absoluto.

---

(35) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 314.

(36) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 304.



No impide el derecho a recibir alimentos el encontrarse en la miseria por su propia culpa, resultando su indigencia de su derroche, negligencia, libertinaje o juego. No se averigua la causa de la necesidad; estando imposibilitado de trabajar y no habiendo otros recursos es lícite la pretensión a los alimentos. Indica Lafayette (37): - "Cumple notar que cualquiera que sea la causa de la imposi**bi**lidad, provenga ella de caso fortuito o de culpa del ali**men**tado por derrochar sus bienes, los alimentos son siem**pre** debidos".

¿Podrán ser denegados alimentos cuando el candidato a ellos cometiera una falta grave contra quien es dirigida la demanda?. Pensamos de modo afirmativo; la mayoría de los autores franceses no admiten tal solución, alegando que en materia de alimentos no hay indignidad (38).

---

(37) Lafayette, ob. cit., pág. 334.: "El estado de necesidad como presupuesto para que surja la obligación alimenticia es independiente de las causas que la origi**na**ron", expresa Beltran de Heredia, cit., pág. 37.

(38) Así Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 29; cita en nota 6 que Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourca de piensan como ellos, pero Aubry y Rau se manifies**tan** de modo contrario: Josserand, ob. cit., tomo I, - vol. II, págs. 313/314 participa de la corriente que concede alimentos incluso habiendo cometido cualquier indignidad. Señala, no obstante, los casos en que los esposos, en el divorcio, son privados de los alimen**tos** y también los padres en relación al hijo, cuando ocurre la pérdida de la patria potestad, bajo ciertas circunstancias. Concluye diciendo que hay faltas "co**me**tidas por el cónyuge o por los padres" que "produ**cen** como sanción contra el culpable, la pérdida del **de**recho a la pensión de alimentos".

Cierto es que la materia alimenticia no está ligada a la sucesión, siendo institutos completamente independientes. En la sucesión existen diversas causas que excluyen al individuo de ser beneficiado con la parte de herencia que le correspondía. La obligación de los alimentos es un deber de humanidad, pero hay que tener una correspondencia de respeto y dignidad para con quien presta el socorro.

Hay una escala de persona que vienen obligadas a la prestación alimenticia, escala esta determinada por ley; el individuo no queda sin protección, pues si ha cometido una falta grave para con quien iba a suministrarle lo necesario para su subsistencia, tendrá oportunidad de recurrir al obligado inmediatamente posterior en la prestación de la deuda. Con todo, corresponde al juez la difícil tarea de determinar el monto, y cuando se trata de un caso en que el futuro alimentado ha cometido falta grave, el representante de la Justicia deberá determinar solamente, así pensamos, lo indispensable para el sustento de la vida, o mejor, alimentos naturales, que incumbirán a aquel que sigue al alimentante ofendido, en la graduación de los obligados. Cuando se da el caso de cometer el alimentado indignidad contra el alimentante, después de establecida la prestación, cabe, pensamos, su petición de exoneración, pu

diendo, entonces, el alimentado tomar el mismo camino por nosotros apuntado, con las debidas restricciones en la fijación.

El Código Civil chileno establece la total cesación de la obligación alimenticia en el caso de injuria - atroz, en el art. 324.

Para cálculo de las disponibilidades de la persona obligada a pasar la prestación, se computan todos los recursos que ingresen en su patrimonio, de libre e inmediata disposición, tales como rentas, sueldos, etc., de carácter estable y actual. Hechos los gastos que su posición social y encargos de familia exigen, esto es, los gastos normales de su existencia, adaptados al rango en que vive, quedará un tanto dentro del cual serán establecidos los alimentos.

No participamos de la opinión de que para atender a la solicitud de alimentos, el alimentante tenga que vender sus bienes. Para la fijación de la cuantía de que puede disponer quien está obligado sólo se debe tomar en consideración las rentas y no el valor de los bienes. Puede acontecer que una persona tenga en su patrimonio un número considerable de bienes y no obstante su renta sea escasísima. La venta de bienes raíces para sustento del alimentado sería una actitud injusta, pues empobrecería a

quien incumbe la satisfacción de la deuda. Lafayette (39) se expresa diciendo que "debe tenerse en cuenta el rendimiento y no el valor de los bienes", añadiendo más adelante que "los alimentos son sacados de los productos de los bienes".

Un caso que merece nuestra atención es el referente a las posibles maquinaciones fraudulentas del alimentante para librarse del pago de la deuda. No se considera como fraude la enajenación de bienes antes de la interposición de la demanda o antes de saber el estado de necesidad del futuro alimentado, pues de otra manera sería un acto ilícito; con esto, sus rentas disminuirían, con posibilidad de no cubrir la obligación. No puede, por deber moral, el demandado quedarse ocioso para escapar a la satisfacción de la deuda (40).

---

(39) Lafayette, ob. cit., pág. 334.

(40) Beltran de Heredia, cit., págs. 39 y 40 señala una hipótesis apuntada por Tedeschi y recogida también por Secco y Rabuttati, en los siguientes términos: "Si el deudor "ex-lege" de alimentos está obligado a trabajar para ponerse o para continuar en condiciones económicas de suministrar alimentos". Aquellos dos autores últimos citados son de opinión que la obligación existe como un deber moral pero no aseguran la existencia de una tal obligación con carácter jurídico, estimando que podía existir semejante obligación jurídica únicamente para prestar los alimentos "estrictamente necesarios", opinión esta con que discorda el actual Catedrático de Salamanca, diciendo que "por nuestra parte creemos que no cabe dudar de la existencia de tal obligación cuando se trata de obligaciones

PROPORCIONALIDAD

12. El principio de la proporcionalidad tiene consagración en casi todas las legislaciones. Es de importancia capital para la determinación de la cuantía que el alimentante debe pasar al necesitado.

Para ello, el juez se atiene a las condiciones de uno y de otro, y en cada caso hay circunstancias peculiares que requieren un examen minucioso, pues, como han dicho Planiol y Ripert (41), la miseria no es igual para todos.

Para que el deudor sea obligado a suministrar una prestación alimenticia debe encontrarse en situación para ello, debe tener recursos que cubran sus propias necesida

---

.... nacidas como consecuencia del deber de los cónyuges - de socorrerse mutuamente y como efecto personal de la patria potestad ya que el padre y marido están genérica y jurídicamente obligados a "levantar las cargas - del matrimonio"; pero estimamos - continua Beltran de Heredia - que en la estricta obligación legal de alimentos entre parientes no hay base para imponer con el carácter de jurídica, y por lo tanto exigible, la obligación de trabajar para ponerse en condiciones económicas de poder suministrar alimentos a las personas especificadas en el art. 143" (o sea, los parientes).

(41) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 14.

des y un excedente con que pueda concurrir para enfrentar la deuda que le incumbe. Si lo que pueda disponer no es suficiente para cubrir toda la prestación, otro deudor es llamado para completarla.

Habiendo un grado de parentesco entre el deudor y el acreedor, establecido en la ley, este último puede procurar la satisfacción de lo que pretende junto a la persona del pariente obligado.

La cantidad de la pensión para el alimentado debe basarse en la edad, sexo, el coste de la vida, las cargas de la familia, si la hay, en fin, la posición social para que atienda y supla las verdaderas necesidades de quien la pide, debiendo ser excluido todo lo que se refiere a gastos superfluos. La apreciación debe ser meticulosa, y si por acaso se trata de una persona que tiene un rango social elevado, no deberán ser concedidos alimentos sólo porque ha decaído del referido rango. Además, en la deuda alimenticia no debe influir el rango nobiliario a que pertenezca el alimentista por nacimiento, pues la ley ordena que se atenga a la posición dentro de la sociedad y no a la personal de un individuo.

El juez apreciando las circunstancias presentadas, las examina y tiene gran margen de arbitrio para determinar el "quantum" de la prestación alimenticia que tiene por fin

atender a las verdaderas, reales y justas necesidades de quien la solicita.

El principio de la proporcionalidad está consignado en el art. 400 del Código Civil brasileño, en los siguientes términos: "Los alimentos deben ser fijados en la proporción de las necesidades del reclamante y de los recursos de la persona obligada".

Una vez determinada la obligación, ésta no permanece inmutable durante todo el tiempo que dure la deuda, pues es variable por excelencia. Habiendo modificación en la fortuna del alimentante, el acreedor, por vía judicial, puede pedir el aumento correspondiente en la cuantía que le está siendo pasada, y lo mismo puede hacer el obligado cuando su economía haya decaído de tal manera que ya no es posible continuar suministrando la misma cantidad a que ha sido condenado. De igual modo, la pensión puede ser disminuída y hasta exonerada, según el caso, cuando el acreedor deja de ser necesitado, poseyendo recursos suficientes para afrontar sus propios gastos. En este sentido se manifiestan el art. 401, del Código Civil brasileño, el chileno (art. 329) el español (art. 147), el francés (art. 208), el italiano (art. 438), entre otros.

La proporcionalidad se manifiesta durante toda la existencia de la deuda; al establecerla, este principio -

sirve para dar al juez, si no la justa, por lo menos la más aproximada idea de las necesidades del indigente y de los recursos con que cuenta para compensarla. Después de fijada, la obligación puede sufrir nuevas variaciones, sea en el sentido de aumentarla, sea en el de reducirla, y hasta su desaparición total.

#### I N T R A N S M I S I B I L I D A D

13. Debido al carácter personal, la deuda alimenticia no se transmite a los herederos. Es decisivo el tenor del art. 402, del Código Civil brasileño: "La obligación de prestar alimentos no se transmite a los herederos del deudor". El derecho a los alimentos no es hereditario.

Cuando ocurre la muerte del deudor se extingue el deber de prestar alimentos, y así mismo cuando fallece el alimentado. Los herederos de éste no podrán reclamar alimentos, en el caso de encontrarse en necesidad, el antiguo deudor, basados en el hecho de la sucesión. Podrán conseguir si entre ellos y el alimentante existieran aún los lazos de parentesco, en el grado establecido por la ley, esto es, por derecho propio.

El favorecido por la obligación, una vez fallecido el alimentante, no podrá reclamar alimentos a los herede -



ros de éste. Y, ¿en el caso de haber prestaciones vencidas y no pagadas?. Habiendo pensiones atrasadas, su liquidación deberá ser efectuada por los herederos del deudor fallecido. En esto no se vea una excepción al principio de la intransmisibilidad, puesto que las pensiones atrasadas pasan a tener el carácter de una deuda común, que obedece a las normas de una acción ordinaria (42).

El principio de la intransmisibilidad de la prestación alimenticia tiene un carácter absoluto en la legislación brasileña; muchas otras, también, consagran el principio, pero establecen excepciones en cuanto a las pensiones atrasadas. Así, tenemos, por ejemplo, la española (art. 151), la chilena (art. 336). En la doctrina francesa, Jossierand (43) afirma ser la intransmisibilidad absoluta por el lado activo, pero sufre algunas excepciones en cuanto al aspecto pasivo, apuntando los casos de los arts. 205 762 y 764 del Código Civil francés (44).

---

(42) Dicen Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 41, - que "no se trata de hacer nacer una nueva obligación sino de ejecutar una obligación ya existente y no extinguida".

(43) Jossierand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 330.

(44) Vease en este sentido Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 42.

"In praeteritum non vivitur"! Los alimentos no son debidos antes de que se establezca la acción competente para demandarlos; una vez propuesta, nace la obligación, desde que, naturalmente, la acción sea estimada por el juez. Ahora bien, si el obligado insiste en no pagar los alimentos que le corresponden, o si por cuestiones procesales el necesitado no es inmediatamente favorecido con la prestación alimenticia, es obvio que, los alimentos son debidos.

Pero, si la deuda no es cobrada por el alimentado por dejadez, acumulándose, ¿cuál es la solución a que se llega?. Simplemente que el acreedor no la necesita, pues si le hiciera falta tomaría las medidas conducentes para su cobro, puesto que la deuda alimenticia se basa en el hecho material de la indigencia de quien la solicita. Como veremos más adelante, los alimentos no se renuncian; el derecho a ellos puede dejar de ser ejercitado pero nunca renunciado. La renuncia no se presume, cabiendo, en este caso, ser probado por el deudor que el alimentado no se encuentra ya necesitado de los alimentos. Surge una pregunta: ¿Son o no son debidos los alimentos atrasados y no reclamados?. Somos de la opinión de que son debidos. Debemos observar que en muchos casos no es por culpa del alimentado el no ser beneficiado con la pensión que necesita; suele acontecer que el alimentante se obstina en no pagar, aunque el indigente

lo procure, o que, incluso, por mudanza de domicilio, aquél que iba a ser beneficiado con la prestación se vea imposibilitado de cobrar la deuda. Cabrá al obligado probar que el alimentado no carece de su ayuda, presunción cuya prueba incumbe única y exclusivamente a quien debe pasar la prestación.

Así, los alimentos que se atrasan son siempre debidos, hasta que los alcance la prescripción, de que hablaremos más adelante. No obstante, probando que el alimentado no necesita de la prestación, el obligado tiene un medio - muy eficaz, dado por la ley, para librarse de la deuda; no solicitándola y quedándose silencioso, el acreedor demuestra -y esto tiene que probarlo el deudor- que la pensión alimenticia era de toda inutilidad para atender a sus necesidades.

El medio es la acción de exoneración, por la cual puede el deudor quedar liberado del pago de la deuda, total o parcialmente; en el primer caso, evita cualquier posibilidad de que el acreedor reclame las pensiones debidas hasta aquella fecha, mientras se mantenga esta circunstancia; en el segundo, excluyendo las prestaciones vencidas - en un cierto plazo. Aclaremos el segundo caso: impuesta una deuda a una persona, esta venía cumpliendo con absoluta regularidad su obligación; no obstante, transcurre un año

sin que el acreedor reclame su pensión, aunque tenga siempre a su disposición el valor determinado por el juez. El deudor, entonces, toma la iniciativa y prueba que el alimentado ha recibido, por ejemplo, una herencia con la cual ha vivido holgadamente durante este espacio de tiempo. Nada más justo que exonerar al deudor de la obligación alimenticia durante este período continuando, después, con su obligación.

#### IRRENUNCIABILIDAD

14. Como ya señalamos, el fundamento de los alimentos es el derecho a la vida. Tiene, pues, importancia transcendental. No es el derecho a los alimentos un derecho absoluto como lo es el de la vida, sino relativo, pero está tan íntimamente ligado a él que el carácter de orden público le concede su amplia protección. Debido a este carácter de orden público, los alimentos son irrenunciables, norma que es común a casi todas las legislaciones.

"Se puede dejar de ejercer, pero no se puede renunciar el derecho de los alimentos", establece el art. 404 del Código civil brasileño. Cualquier transacción con referencia a la renunciabilidad de los alimentos es considerada como si no existiera. La ley no establece ninguna ex

cepción el determinar este principio: él es una consecuencia natural y lógica del concepto y fundamento de los alimentos (45).

El Código Civil español se refiere en su art. 151, in principio, a la renunciabilidad. Sin embargo, cuando se trata de pensiones atrasadas, vencidas y no pagadas, - el mismo artículo dispone que la renuncia es admitida. Mucius Scaevola. (46) esclarece que es inadmisibile la renuncia a los alimentos futuros.

#### NO SOLIDARIDAD Y DIVISIBILIDAD

15. La obligación de prestar alimentos se observa, por regla general, entre dos personas, siendo una la que recibe, según sus propias necesidades, y otra la que suministra, y su valor es calculado con arreglo a los recursos económicos de que disponga.

Decimos por regla general, porque no siempre el deber de prestar alimentos tiene lugar entre dos únicos sujetos; hay ocasiones en que el número tanto de uno como

---

(45) En este sentido, Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II pág. 307.

(46) Mucius Scaevola, ob. cit., vol. III, pág. 471.

de otro sujetos se elevan, surgiendo, entonces, aspectos interesantes que pasamos a analizar.

La ley determina cuáles son los parientes que están obligados a suministrar alimentos, y para ello establece una graduación que sufre sensibles diferencias de una legislación a otra, pues para algunas a los descendientes siguen los ascendientes, como por ejemplo, la española (art. 144), la argentina (art. 367-401), la colombiana (art. 411), la venezolana (art. 313) y la italiana (art. 433), y en orden contrario, la brasileña (art. 398), la alemana (art. 1.606) y la mexicana (art. 303), pero siempre con un denominador común que es la aproximación del grado, prefiriendo los más próximos a los más remotos. También hay una discrepancia con relación a los otros parientes, pues mientras unas legislaciones consideran como obligados a la prestación a los hermanos y excluyen a los afines, tal la brasileña (art. 398) otras disponen de modo inverso, como la francesa (art. 206).

¿Cuándo se da el caso de haber más de un deudor? - Cuando el obligado no puede soportar solo la cuantía que necesita el indigente para atender a sus necesidades, pues el alimentante contribuye para la prestación dentro de los recursos que tenga, siempre que con esto no se vea perjudicado en su propio sustento. El instituto de los alimentos, en atención al fin a que se destina, merece una solución rá

pida y pronta. No teniendo recursos suficientes el obligado para soportar todo el valor de la prestación que el juez, con los datos adquiridos, ha determinado, son llamados para completarla otro u otros alimentantes, teniendo en cuenta la prelación prevista en ley.

Cuando un deudor completa la prestación alimenticia debida a un indigente por otro que se encuentra preferido en la escala de obligados, surge la cuestión de saber si la deuda alimenticia es o no solidaria. Siendo solidaria, un único demandado puede adelantar el total de la prestación y después, con una acción, repetir de sus codeudores la parte que ha pagado por estos, dentro de los recursos de cada uno.

El principio de la solidaridad era aceptado por autores antiguos, pero la doctrina ha tomado otro rumbo, y hoy la no solidaridad de la deuda alimenticia es admitida por la mayoría. La solidaridad no se presume; su existencia tiene que tener base legal, resultar de un texto de ley o de un convenio que las partes establezcan expresamente (47).

---

(47) Véase Jossérand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 329; Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 46; Lafayette, ob. cit., pág. 336, nota 41; Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", cit., pág. 392.  
Maurea, "Comentarios al Código Civil Español",

Como consecuencia de la consideración del principio de la solidaridad, aparece otro que es el de la divisibilidad. El objeto de la prestación de alimentos es una cantidad de dinero, aunque exista otra forma de satisfacerla, que se traduce en recibir el alimentante al beneficiado en su casa, donde cumple con su obligación; sin embargo, son casos poco numerosos, siendo la regla general el pago de una suma de dinero. Así, el objeto de la deuda -una cantidad de dinero- es esencialmente divisible (48), por lo que no habrá duda en afirmarse que la prestación alimenticia no es solidaria ni indivisible. Declara Sánchez Román (49) que "la deuda alimenticia no es para el Código (español) ni solidaria ni indivisible sino, por el contrario, mancomunada simple y divisible".

La obligación es sucesiva (50), significando esto

---

.... tomo I, 6ª ed., 1943, Madrid, pág. 700 no informe de que en el Derecho español la obligación alimenticia no es solidaria sino mancomunada y que esta mancomunidad no liga por partes iguales a todos los que deben alimentos, sino en proporción a sus medios de fortuna.

(48).- Jossierand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 329; - Planici y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 46.

(49) Sánchez Román, ob. cit., tomo V, vol. II, pág. 1.230.

(50) Colin y Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", tomo I, trad. española de la 2ª ed. francesa, 2ª ed., Madrid, 1941, pág. 752.



que el acreedor acude en la escala legal a la persona que debe suministrarle la prestación en primer lugar, y si encuentra una que no se la puede pasar por la totalidad, sino solamente, una parte de ella, las siguientes la completarán, recorriendo todos los del mismo grado antes de pasar a otro. La deuda alimenticia debe ser pagada por entero; quiere esto decir que determinada la prestación que incumbe al alimentante, éste debe efectuarla totalmente, o mejor, pasar íntegramente la parte que le afecta.

Recordemos que los alimentos son fijados en la proporción a los haberes de cada uno; el propio deudor debe probar que no puede soportar solo toda la deuda, caso en que la prestación pasa a otro que, pudiendo, la completará. Si el deudor primeramente apuntado no puede contri- buir con nada, es considerado como no existente (51), ocurriendo lo mismo con los parientes que viven muy lejos o que son difíciles de encontrar.

---

(51) Lehmann, ob. cit., pág. 394, esclarece que "para todos los grupos rige el principio de que el pariente imposibilitado de prestar alimentos, se considerará como inexistente. Con ello, aumenta el deber de alimentos de los parientes igualmente próximos y entra eventualmente en consideración el deber de alimentos de los parientes más alejados (1.607, I)".

Recayendo la obligación sobre más de un deudor -por ejemplo, sobre dos hermanos-, al mismo tiempo, cada uno, só lo es responsable por su obligación, pero teniendo en cuenta que pueden no ser aritméticamente iguales, pues son proporcionales a los haberes de cada uno (52).

Si un deudor acepta una obligación superior a sus posibilidades, no tendrá acción regresiva contra los otros, pues no ha hecho más que cumplirla; sería diferente si el juez determina que un deudor puede adelantar una cierta can tidad superior a la cuota que le incumbe teniendo, después, posibilidad de recuperar la parte adelantada. Nuestra legislación no contempla este caso, pero, en nuestro modo de sentir, el juez podrá determinar según lo que quedó dicho, pues no está demás recordar que el art. 5º de la Ley de Introducción del Código Civil brasileño concede el juez esta posibilidad, teniendo en vista los fines sociales y las exi gencias del bien común. El Código Civil español establece en su art. 145 que en casos de urgente necesidad y circunstancias especiales él podrá ordenar que uno de los deudores adelante la obligación de otros, sin perjuicio de cobrar - después la parte que corresponda a cada uno; en sentido -

---

(52) Lafayette, ob. cit., pág. 336 y 337; Planiol y Ripert, ob. cit., tcmo II, pág. 47.

idéntico, el Código Civil italiano, concretamente en el art. 443, in fine.

### R E C I P R O C I D A D

16. La obligación alimenticia es recíproca, y este carácter tiene raíces muy profundas y antiguas, delineándose en el derecho romano. Puig Peña (53) nos informa de que en el derecho romano "el pater tenía el *Ius expositionis* y el *Ius vitae ac necis*, que se articulaban en su persona sólo un complejo de "facultades", nunca ni el más pequeño atisbo del deber". Añade más adelante: "Parece que fué la práctica administrativa de los cónsules la que originó el sistema de la obligación recíproca entre los ascendientes y descendientes. Dos constituciones de Antonio Pío y de Marco Aurelio reglamentaron la materia, comenzando con ella la implantación de las dos condiciones fundamentales de la prestación alimenticia: la pobreza del alimentado y la posibilidad del alimentante. Justiniano quiere regular detalladamente la materia en los apartados "De agnoscendi et alendi liberis" (leyes 5 y siguientes del título III del libro 25 del "Digesto") y "de Alendis liberis et parentibus"

---

(53) Puig Peña, cit., pág. 201.

(del libro 5 del tit. 25 del "Codex"), y queda reconocido definitivamente el derecho recíproco de alimentos entre los padres y sus hijos legítimos y naturales".

Como ya mencionamos, no todas las legislaciones apuntan los mismos parientes obligados a pasar alimentos, pero el carácter de reciprocidad se encuentra en casi todas ellas.

Veamos en primer lugar la legislación brasileña. Contempla el Código Civil en los arts. 397 y 398 las clases de parientes sobre los cuales recae el deber de prestar alimentos, con reciprocidad. Están redactados así: Art. 397: "El derecho a la prestación de alimentos es recíproca entre los padres e hijos, y extensivo a todos los ascendientes, recayendo la obligación en los más próximos en grado, unos a falta de otros". Art. 398: "A falta de los ascendientes, incumbe la obligación a los descendientes, guardando el orden de la sucesión y, faltando éstos, a los hermanos, así germanos como unilaterales".

No está demás recordar que los alimentos debidos entre los cónyuges están considerados en otra parte, con el carácter de reciprocidad (art. 231: "Son deberes de ambos cónyuges... III: Mutua asistencia"). También en otra parte se analizan las situaciones anómalas del matrimonio, como el caso de separación y disolución de la sociedad con

yugal y sus consecuencias. En su propio lugar se encuentran las relaciones de los padres para con los hijos, durante la minoría. Cuando el art. 397 menciona que la prestación de alimentos es recíproca entre padres e hijos, se refiere a la situación fuera de la patria potestad, pues durante la minoría los hijos son alimentados y educados a costa de los padres..

Dicho ésto, observamos por los artículos mencionados que son cuatro las clases de personas obligadas a la prestación alimenticia, con reciprocidad, a saber: a) los padres e hijos; b) a falta de éstos, los ascendientes, en orden de proximidad; c) los descendientes, en orden de la sucesión, y por fin d) los hermanos, así germanos como unilaterales. De esta manera, se excluyen los afines, y los colaterales no alcanzan más que el segundo grado inclusive (54).

Existe la obligación alimenticia, en el derecho francés, entre: a) los cónyuges, b) los ascendientes y descendientes, hasta el infinito, y c) los afines en línea recta. El primer caso preceptúa el Código Civil francés bajo el nombre de deber de socorro, derivado directamente del matrimonio (arts. 212 y 214), deber éste que atañe a uno y otro, mutuamente.

---

(54) Cf. Clovis Bevilacqua, ob. cit., tomo II, pág. 303.

La obligación entre los parientes mencionados, ascendientes y descendientes (art. 205) y entre los afines - (art. 206) es recíproca. De precisa claridad es el tenor del art. 207: "Las obligaciones resultantes de estas disposiciones son recíprocas". Resulta de esto que todo ascendiente, y de la misma manera, todo descendiente, puede reclamar la prestación alimenticia a sus ascendientes y viceversa. Extensiva también es la deuda alimenticia a ciertos parientes afines, con reciprocidad, en línea recta, tales como suegros, yernos y nueras. La obligación entre los afines cesa cuando el esposo que hubiere creado la afinidad haya fallecido, sin que de la unión haya nacido ningún hijo (art. 206).

La obligación de los padres para con los hijos no debe confundirse con el deber que incumbe a los padres de sostener y educar a sus hijos (art. 203), puesto que éste comprende un elemento extraño a la deuda alimenticia. Tratóndose de hijos menores, la obligación de los padres -cada uno está obligado por el total a educarlos y sostenerlos - es puramente unilateral, existiendo sin reciprocidad, y terminando con la mayoría o emancipación del hijo (55). En el parentesco adoptivo también existe la obligación recí -

---

(55) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 310.

proca de alimentos (art. 355) que alcanza al adoptante y a la descendencia legítima de éste (art. 353); no obstante, la obligación del hijo para con sus padres naturales no se suprime, y éstos también están obligados subsidiariamente en el caso de que el adoptante se vea imposibilitado de cumplir la obligación (art. 355).

La legislación española determina en el art. 143 - la obligación alimenticia recíproca entre los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y finalmente entre los hermanos. Los párrafos 3º y 4º de este artículo hacen referencia a la prestación recíproca de alimentos entre los padres e hijos legitimados por concesión real, naturales reconocidos e ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, rodeado de ciertas circunstancias.

El Código Civil chileno en su art. 321 determina - sobre qué personas recae la prestación de alimentos, con el carácter de reciprocidad. Quien necesita de alimentos y reúne más de uno de los títulos mencionados en aquel artículo, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, y su reclamación debe obedecer a una escala que está prevista en el art. 326.

Si alguien se encuentra necesitado debe pedir los alimentos atendiendo el orden de las personas que deben prestarlos, puesto que las legislaciones contemplan un an-

cho campo, en el cual la reciprocidad tiene particular relieve. Cuando la persona a quien se ha dirigido no pueda pasar la prestación, se dirige a la inmediatamente posterior, considerándose aquélla que no ha podido satisfacer las necesidades como inexistente; lo mismo cuando quien debía suministrar los alimentos esté en lugar ignorado.

#### I M P I G N O R A B I L I D A D

17. La pensión alimenticia es impignorable. El carácter de orden público de los alimentos lo exige, además de su carácter personalísimo. No se puede desvirtuar la razón por la que fué creado este instituto cuyo fin principal es socorrer a los que encuentran en necesidad.

La ley no se ha expresado concretamente sobre el asunto, pero podemos por deducción apuntar disposición legal que corrobora nuestro pensamiento. El Código de Procedimiento Civil brasileño establece en su art. 942 una serie de actos que están exentos de pignoración. Así el nº VIII excluye de pignoración las pensiones provenientes de liberalidades de tercero, destinadas al sustento del ejecutado o de su familia; luego, con mucha más razón, deben ser excluidas de pignoración las pensiones alimenticias de terminadas por la ley.



I N C O M P E N S A B I L I D A D

18. Una vez más asoman los caracteres del orden público y personal de la deuda alimenticia. El fin principal de los alimentos no puede ser desvirtuado. Sirven, y no está demás insistir, para el amparo a la familia o para suplir la subsistencia de una persona que no tiene recursos para vivir ni tampoco puede proveer por el trabajo los gastos reputados indispensables y necesarios.

En vista de esto, la deuda alimenticia no puede ser objeto de compensación; sería ilógico que fuese absorbida de otra forma que no atendiese a suavizar las necesidades del alimentado, extinguiéndose por un juego de balanza.

"La deuda de alimentos -escribe Lafayette (56)- no admite compensación, cualquiera que sea la naturaleza de la deuda que se oponga". Expresivas, también, son las palabras de Josserand (57): "Allí donde el mandato de embargo es imposible, la compensación, que produce efectos inmediatos y definitivos, lo es con mayor razón".

---

(56) Lafayette, ob. cit., pág. 338.

(57) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 331.

El Código Civil brasileño ha consagrado la prohibición en el art. 1.015, nº III; el francés también la ha consignado, en el art. 1.293, nº III. Nos informa Lehmann que en la legislación alemana (art. 374) no cabe compensación - contra la deuda alimenticia (58a). Encontramos idéntica disposición en el Código Civil chileno, en el art. 335, que di - ce: "El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él". Sin embar - go, en el artículo siguiente declara que los alimentos atra - sados podrán sufrir compensación, en lo que se coloca de a - cuerdo con la legislación civil española la cual estipulan - do la negativa de compensación, determina su posibilidad - con pensiones atrasadas, en el art. 151.

#### INDESPONIBILIDAD Y NO RESTITUCION

19. No se pueden disponer o ceder los alimentos. Cuan - do una persona reclama alimentos es porque los precisa, y - si dispusiese de ellos venía a demostrar que la prestación alimenticia no era necesaria. Los alimentos están "dotados de una afectación especial, no conservan su razón de ser si no en tanto recae sobre aquel cuya existencia debe asegurar se" (59). De esta manera, no se admite la disponibilidad o

(59) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 331.

(58a) Lehmann, ob. cit., pág. 400.

cedibilidad de la deuda alimenticia; ella va dirigida a una persona y si el beneficiado no la precisa, debe dejar de reclamar las prestaciones, esperando que el alimentante proponga su exoneración.

Una vez pagados los alimentos, no cabrá su restitución. Es un principio inherente a su propia naturaleza. Beltrán de Heredia, citando a Secco y Rebuttati esclarece que "de la prestación realizada por obligación legal no surge un derecho de crédito (60)"., "Los alimentos recibidos no se restituyen, aunque el alimentado venga a decaer de la acción" (61). Los alimentos "ya abonados no pueden ser repetidos, aunque haya otros parientes en igual rango" (62). No importa en qué instancia se hallen los litigantes, tanto si están en la misma instancia como en grado de recurso, los alimentos no son restituidos.

Algunas legislaciones disponen en su articulado este principio; así, la española, en su art. 148, determina que "se verificará el pago por meses anticipados, y -

---

(60) Beltran de Heredia, cit., pág. 28.

(61) Lafayette, ob. cit., pág. 338.

(62) Borda, ob. cit., vol. II, pág. 356.

cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente". Lo mismo, en el Código Civil chileno (art. 331).

#### P R E S C R I P C I O N

20. El derecho a los alimentos futuros es imprescriptible. En cualquier tiempo podrá ser reclamado, bastando para tal que se den las situaciones previstas en la ley, esto es, obligación nacida de ella y fundada en los deberes de familia, bien como necesidad de quien reclama su ejecución y posibilidad de aquel a quien dicha ejecución se dirige.

Cuando, empero, se trata de pensiones vencidas y no pagadas, la prescripción se hace sentir, desde que no sean reclamadas por un plazo de cinco años. Determinada la prestación, la deuda se torna efectiva, y el indigente tendrá interés en su cumplimiento, y si no lo hace es porque no precisa de la prestación antes reclamada, en principio. El plazo es bastante largo, y si el beneficiado no solicita los alimentos es una prueba indudable de que no necesita de ellos, pues las reglas que rigen la prestación alimenticia están hechas para su más pronto cumplimiento, atendiendo así a las necesidades de quien la solicita.

Determina el Código Civil brasileño en el art. 178 párrafo 10, nº I, que prescriben en cinco años las prestaciones de pensiones alimenticias. Idéntica disposición en contramos en el Código Civil francés (art. 2.277), italiano (art. 2.948), entre otros. Lo que determina el Código no es la prescripción de la acción de alimentos, sino la prescripción quinquenal de las prestaciones de pensiones alimenticias, puesto que la acción es imprescriptible. Es ta se encuentra siempre latente, y cuando sea necesaria, - atendiendo las circunstancias exigidas por la ley, podrá - ser utilizada.

Castán Tobeñas (63) declara que "puede aceptarse - en nuestro derecho (el español), con relación a la obligación legal alimenticia, la regla de que el derecho de alimentos en sí es imprescriptible". Añade más adelante: "Sin embargo, pueden prescribir las acciones para exigir el pago de las pensiones alimenticias". Sánchez Román (64) en tiende que la prescripción establecida en el Código Civil de su patria, art. 1.966, se refiere a los alimentos convencionales o voluntarios y de modo alguno a los alimentos legales, o sea, a los debidos por exclusivo ministerio de

---

(63) Castán Tobeñas, ob. cit., tomo V. vol. I, pág. 250.

(64) Sánchez Román, ob. cit., tomo V, vol. II, pág. 1.237.

la ley.

"El derecho de alimentos -declara Lehmann (65)- considerado como un todo, es imprescriptible (art. 194, II, del Código Civil alemán)", y más adelante: "Los créditos relativos a las prestaciones atrasadas prescriben a los cuatro años (art. 197, del mismo Código)".

El plazo se cuenta desde el día en que cada prestación sea exigible (art. 178, párrafo 10, in fine, del Código Civil brasileño).

Dentro de nuestro modo de sentir, lo que es imprescriptible es la acción de alimentos y no las prestaciones de las pensiones alimenticias. Supongamos que una persona, encontrándose necesitada, se dirige a un pariente y consigue de él una prestación alimenticia establecida por el juez. No obstante, recibe una gran herencia, desinteresándose de cobrar la deuda alimenticia por no ser ya necesaria y el alimentante, a su vez, no pide la exoneración de la deuda. Después de cinco años, contados desde la fecha de la última prestación exigible pero no reclamada, viene otra vez el antiguo acreedor de alimentos a pedir el pago de las prestaciones que no fueron cumplidas, pues se encuentra nuevamente necesitado. Su pedido no podrá ser atendido pues -

---

(65) Lehmann, ob. cit., pág. 400.

ya está prescrito; esta prescripción quinquenal constituye un modo de liberación independiente de todo pago efectivo, pudiendo ser invocado por el deudor, incluso reconociendo no haber pagado la prestación que le incumbía. Sin embargo, el necesitado tendrá sus aspiraciones satisfechas, intentando nueva acción porque el derecho a los alimentos ja más prescribe.

El art. 75 del Código Civil brasileño determina - que "a todo derecho corresponde una acción que lo asegura" y habiendo el derecho de pedir alimentos, subsiste concomi tantemente la facilidad de tornarlo efectivo, a través de la acción adecuada para conseguirlos.

. ---oooOooo---

### C A P I T U L O   I I I

#### FIJACION, REVISION Y EXONERACION

SUMARIO: 21. VALOR DE LA PROPORCIONALIDAD Y CONDICIONALIDAD EN LA FIJACION. - 22. RENTA Y NO CAPITAL. - 23. PAGO POR TERCERO. - 24. MANERA DE PRESTAR LOS ALIMENTOS: DINERO Y HOSPEDAJE. - 25. JUSTA CAUSA PARA NO RECIBIR ALIMENTOS EN FORMA DE HOSPEDAJE. - 26. PRUEBA Y DESCUENTO EN LA HOJA DE PAGO. - 27. ACUERDO Y HOMOLOGACION. - 28. REVISION Y EXONERACION.



IMPORTANCIA DE LA PROPORCIONALIDAD Y CONDICIO-  
NALIDAD EN LA FIJACION

21. Indiscutiblemente, los dos factores de vital importancia para la determinación de la cuantía de los alimentos son los principios de la proporcionalidad y de la condicionalidad. Por ellos el juez podrá aquilatar el justo valor de la deuda, pues toma nota de los recursos de quien es llamado a pasar la pensión, así como de las verdaderas necesidades de quien la reclama. Cada caso presenta sus peculiaridades, y el magistrado tendrá que conocer cada uno para poder establecer una prestación adecuada a las condiciones de las dos partes.

Recordemos las dos especies de alimentos: civiles y naturales. Estos comprenden lo estrictamente necesario para la vida, y aquellos abarcan lo preciso para la existencia, determinados por la situación económica y social de las personas implicadas en el caso. Siendo el alimentado menor de edad, incluirá en los alimentos los gastos de educación e instrucción.

Toda pretensión de alimentos intenta obtener una cantidad que sea suficiente para atender a las necesidades

de quien la reclama. Será tanto mayor cuanto mayores sean los recursos económicos de la persona indicada, adaptada - la deuda a la condición social del beneficiado. Así, la - pensión alimenticia será módica si el alimentado es de con- dición humilde, aunque el alimentante tenga grandes recur- sos. Siendo el beneficiado de condición elevada o grandes los recursos de quien debe pasar la prestación, ésta será mayor.

La petición será siempre de alimentos civiles, pues los naturales sólo sirven de base, estableciendo lo indis- pensable para atender las exigencias de la vida, y la fija- ción por debajo de ellos es insuficiente para sufragar los gastos indispensables de la existencia. Ciertos gastos - tienen prioridad sobre otros, es natural, y el juez apre- ciándolos determinará una prestación que cubra los de ma- yor necesidad y la determinará según permitan los haberes del alimentante, proporcionando al beneficiado una mayor - comodidad.

En la fijación de los alimentos se tendrán en cuen- ta las circunstancias de las partes, tanto de orden perso- nal como de orden social. Se atenderá al sexo, edad, cul- tura, estado de salud, grado de educación, posición en el medio en que viven, y cuando la deuda es dirigida a un me- nor, los gastos de estudios, siempre teniendo presente la -

situación económica del alimentante.

Los estudios del menor deben ser atendidos de la mejor manera posible, con aulas de música, de idiomas, si es deseo del alimentado y cabe dentro de los recursos de quien suministra los alimentos, en fin, todo lo que se refiere al mejoramiento de la educación intelectual, pues no deja de ser de interés para la sociedad. Si no se aplica en los estudios, por los que podrá interesarse el alimentante, dará a conocer al juez su resultado y en el caso de ser inútil esta contribución, el obligado podrá pedir la exoneración.

El colegio donde debe estudiar estará de acuerdo con los haberes del alimentante, y si son holgados, asistirá el menor a un buen colegio, y en caso contrario frecuentará una escuela pública, donde los gastos se ciñen solamente a los materiales escolares.

La deuda alimenticia, en el decir de Sanchez Román (66) "es indeterminada en cuanto al tiempo y en cuanto a la cantidad". Nada más cierto; en principio, la deuda alimenticia es para toda la vida, pero pueden producirse circunstancias varias que hacen que ella desaparezca. Lo mismo se puede afirmar del valor de la prestación que variará

---

(66) Sánchez Román, ob. cit., tomo V, vol. II. pág. 1.203

así que se presenten cambios en la fortuna del alimentante o del alimentado.

Muy estudiada debe ser la fijación de la deuda alimenticia; justo es que se consideren todos los gastos que puedan ser útiles y necesarios al beneficiado, pero la apreciación de los datos debe ser estudiada con parsimonia: los gastos supérfluos no entran en el cómputo de la prestación de los alimentos.

Teniendo posibilidades económicas el obligado, pueden entrar en la pensión ciertos gastos extraordinarios, - que deberán ser pagados por entero, de forma global. Así, por ejemplo, operaciones quirúrgicas, tratamientos médicos especiales, mudanza de clima para beneficio de la salud. - Tales aspectos serán estudiados por el juez que los autorizará existiendo la posibilidad de ser satisfechos estos - gastos extraordinarios, pues los otros, los normales, deberán ser soportados por la prestación establecida.

Los principios de proporcionalidad y de condicionalidad en la fijación de los alimentos son piezas valiosísimas. Son, como dice Clovis Bevilaqua (67), y que repetimos una vez más, "los dos cánones fundamentales de la teoría - de los alimentos".

---

(67) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 304.

RENTA Y NO CAPITAL

22. El alimentante debe ser obligado a pasar la prestación al beneficiado en una proporción que esté de acuerdo con los recursos de que disponga, esto es, que los alimentos sean calculados sin afectar el nivel de vida que comúnmente está acostumbrado a llevar. No sería justo que la deuda alimenticia fuese de tal monto que tuviese el obligado necesidad de restringir sus propios gastos normales. No pudiendo pagar la obligación sin desatender su subsistencia, la deuda recaerá sobre otro, y si el primer obligado pudiera pagar por lo menos una parte, cumplirá con lo que le toca.

Los recursos del alimentante deben ser calculados sobre sus rentas y no sobre su capital, rentas estas provenientes de cualquier origen. El obligado mantiene su existencia de los rendimientos que obtiene, ya del trabajo, ya de alquiler o de otra fuente, esto es, de recursos disponibles. Sus bienes le dan provechos, y sería injusto que fuese obligado a venderlos para atender a un pariente necesitado, según nuestro modo de sentir. No es raro observar que una persona tiene en su patrimonio un vasto número de bienes, pero que producen una renta ínfima. Es en las rentas donde se encuentran las verdaderas disponibilidades de una

persona; su patrimonio no debe ser afectado con una disminu  
ción por la venta de un bien con el fin de proporcionar ali  
mentos a un indigente (68). Se debe tener en cuenta "las -  
posibilidades más bien que las realidades" (69).

Completamente distinto es el caso del indigente; te  
niendo algún bien, deberá venderlo para con su producto ob-  
tener alimento con que pueda enfrentar sus propias necesidaa  
des. Sobrecargar a sus parientes cuando tiene posibilidad  
de mantenerse por sí propio es una actitud que repele al -  
buen sentido de la Justicia y de la Moral, pues mientras -  
disminuye el caudal de las personas a quienes incumbe la -  
prestación, mantiene sus bienes intactos. Los alimentos no  
deben enriquecer al alimentado ni tampoco empobrecer al ali  
mentante; ellos fueron instituidos para remediar las necesii  
dades de los indigentes, cuya satisfacción no puede ser desg  
preciada ni postergada.

---

(68) Opina Lafayette, ob. cit., pág. 334, nota 32, invocan-  
do otros autores, que "los alimentos son sacados de -  
los réditos de los bienes; así el padre no puede ser -  
obligado a vender la propiedad de sus bienes, como tier  
ras, acciones para proporcionarle alimentos".

(69) Jossieranc, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 313

En la apreciación de las circunstancias que determinan la fijación de la deuda alimenticia tiene el juez un amplísimo margen de libre arbitrio que es soberano, no solamente con referencia al establecimiento del valor de la cuota, sino también si la pensión realmente se debe o no, pues todo esto está basado en cuestiones de hecho, presentando cada caso su particularidad.

#### PAGO POR TERCERO

23. La obligación de prestar alimentos se establece entre las dos partes implicadas en el caso: alimentante y alimentado. Puede acontecer, sin embargo, que la deuda sea pagada por un tercero, y después reciba del obligado la - cuantía desembolsada, cuando aquel no lo ha hecho por liberalidad.

Para que el pago sea adelantado por un tercero, ajeno a la obligación alimenticia, son necesarias ciertas - circunstancias especiales. En primer lugar debe haber una deuda establecida por una decisión judicial; después, el - estado de gran necesidad del beneficiado y por fin la ausencia de la prestación que debía ser suministrada por el alimentante. El alimentado debe, por otra lado, verse imposibilitado para recibir la prestación, aunque ponga los

medios para que el obligado pague su deuda.

El derecho de alimentos fué instituido para atender de un modo rápido y eficaz las desgracias de las personas menos favorecidas por la suerte. Es un deber que la ley impone con rigor y la persona a quien incumbe la obligación no puede huir de él, abandonando al alimentado a su desgracia y miseria. Nada más justo que los extraños substituyan al alimentante, proporcionando al indigente los medios para subsistir, con la certeza, empero, de repetir los adelantos hechos en favor del alimentado. Llevado el caso al conocimiento del juez, éste deberá estimar la pretensión del tercero, por una cuestión de equidad, aunque incluso el obligado no ratifique su procedimiento. En este sentido se manifiesta el Código Civil brasileño, art. 1.341, y también el español, art. 1.894, primera parte (70).

Lo que ocurre es simplemente un enriquecimiento sin causa por parte del deudor, que absteniéndose de pagar la deuda, ve su patrimonio incrementado por los valores destinados a suplir las necesidades de un indigente.

---

(70) Opinan así también Aubry y Rau; "Cours de Droit Civil Français", 4ª ed., tomo VI, Paris, 1873, pág. 108, y también Puig Peña, cit., pág. 198.



El hecho de ausentarse por un espacio de tiempo, más o menos largo, del sitio donde debía prestar la obligación, no obsta el cumplimiento de los deberes a él impuestos. "No parece que pueda extenderse la prestación de alimentos a las deudas de alimentista -dice Castán Tobeñas (71) -salvo a aquellas contraídas por éste, con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda, para satisfacer gastos de su manutención de los comprendidos en el concepto de alimentos".

Cuando un menor se ve imposibilitado de conseguir los alimentos por ausencia de la persona obligada a prestarlos y que ya los venía suministrando, podrá solicitar un préstamo para sus alimentos habituales; en este sentido se manifiesta el art. 1.260 del Código Civil brasileño. Son gastos que la piedad paterna no recusaría.

#### FORMAS DE PRESTAR LOS ALIMENTOS: DINERO Y HOSPEDAJE

24. Por regla general, la obligación de prestar alimentos es cumplida con el pago de una suma de dinero, en cantidad suficiente para atender a las necesidades de la subsistencia, según la posición social de quien reclama, atendiendo a la fortuna de la persona obligada, cuyo valor es

(71) Castán Tobeñas, ob. cit., tomo V, vol. I, págs. 246/247

establecido judicialmente.

Todavía, se permite otra forma de satisfacción de la deuda de alimentos, que se traduce en mantener al beneficiado en casa del alimentante, donde se le dará hospedaje y sustento.

La obligación cumplida en dinero puede ser efectuada en prestaciones mensuales, trimestrales, semestrales o anuales, y hasta semanales. Pero, lo más común es el pago mensual. Nada obsta a que el cumplimiento de la deuda sea hecho por medio de frutos o rendimientos de un inmueble (72), corriendo por cuenta del alimentante los gastos de impuestos y obligaciones fiscales, pudiendo ser completado con un auxilio, en el caso de ser de poca monta la renta o en caso de haber mejora de la pensión alimenticia.

El Código Civil italiano (art. 333) hace notar que

---

(72) Dice Clovis Bevilacqua, "Direito da Familia", cit., - pág. 391, nota 2, que "los alimentos expresamente consignados en inmuebles por cláusula testamentaria o contractual, constituyen vínculo real, Código Civil, art. 674, VI. Aquí se trata, empero, particularmente de los alimentos debidos "jure sanguinis", y no de aquellos que se originan de convenciones o de última voluntad, los cuales obedecen a principios diferentes, no constituyendo, como los legales, una figura jurídica aparte".

cabe al juez determinar la forma y cuantía de la prestación de alimentos, añadiendo que el representante de la justicia "podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos, luego que cesa la obligación".

Los alimentos también podrán ser satisfechos, por el envío de géneros de primera necesidad, a la par de una cuantía para el sustento, cuando se da la hipótesis de ser el alimentante dueño de una casa de géneros alimenticios, o socio de una cooperativa. Lo mismo en el caso de no ser el alimentante ni dueño de una casa comercial o socio de una cooperativa, sino simplemente un individuo cualquiera que se ofrece para pagar los gastos hechos con las mercancías retiradas por el beneficiado de la deuda alimenticia. Con todo, en la práctica no da el resultado que a primera vista parece, pues surgen siempre muchas desaveniencias entre los interesados en la obligación, y lo más seguro y cierto es suministrar la pensión en dinero, evitando, así, una serie de interminables conflictos.

Para el cumplimiento de la obligación alimenticia, además de una cantidad de dinero, que es lo más corriente, hay, como ya señalamos, otra forma permitida por la ley:

sustento y hospedaje en casa del alimentante. Es verdad - que es mucho más económico mantener a una persona en casa que pasarle una cierta cantidad en dinero; pero, por otro lado, perjudica un poco la independencia del alimentado.

La legislación española (art. 149) concede derecho de opción al alimentante para elegir la forma de pago de la deuda de alimentos, pudiendo, a su criterio, tanto pagarla en dinero como recibiendo y manteniendo al beneficiado en su casa. Sin embargo, la jurisprudencia tiene decidido que la opción concedida por el artículo que versa sobre la materia no es tan absoluta que impida apreciar cada caso en particular, debiendo entenderse restringido según las circunstancias, desde que exista alguna causa justificada de orden moral que se oponga al traslado del alimentista (73).

---

(73) Royo Martínez, ob. cit., pág. 320, sobre el asunto se expresa: "A través de una jurisprudencia uniforme y reiterada, se ha introducido una corrección a esta regla, en el sentido de que la opción queda excluida, y han de prestarse los alimentos en forma de pensión, cuando una razón legal (por ejemplo, separación conyugal) o moral sea obstáculo bastante, según el prudente arbitrio del juez, para excluir la forma del acogimiento". Borda, ob. cit., vol. II, pág. 347, hablando sobre el asunto en su Tratado se manifiesta diciendo que "es inadmisible la opinión de que la elección de la forma de pago corresponde al alimentante".

La facultad de tener el beneficiado en casa del alimentante, donde efectuará su obligación, no es un derecho suyo, sino una medida que el juez puede o no autorizar. El derecho francés estatutye que la pensión alimenticia sea pagada en dinero, y solamente concede la posibilidad de cumplir con la obligación recibiendo y manteniendo al alimentado en dos casos: a) Insuficiencia de recursos del deudor; cuando el alimentante no tiene medios económicos para pasar una pensión en dinero, pero puede atender su obligación recibiendo al alimentado en su casa, donde será mantenido y sustentado, pues está fuera de duda que esta manera de prestar los alimentos es mucho más ventajosa y económica para el alimentante. Queda al Tribunal un amplio poder para aprobar esta situación, pudiendo rechazarla cuando no convenga. b) Esta regla no es aplicable cuando se trata de padres con relación a los hijos, aunque sean mayores. La ley da la facultad de llamar al hijo para que reciba los alimentos en su propia casa, sin tener necesidad los padres de justificar la falta de medios económicos; el hijo también puede recusar, y tendría que aducir las razones que justifiquen su actitud. El juez, por su parte, puede denegar la petición de los padres, atendiendo a que los intereses de la moral y digni-

dad del hijo que ~~len~~ afectados con la cohabitación en casa de sus padres (74).

La presencia del beneficiado en casa del que cumple con la obligación alimenticia no debe ser impuesta - por éste; a lo sumo, podrá invitar al alimentado a residir en ella, ofrecimiento que será debidamente apreciado por el juez. El art. 403 del Código Civil brasileño está redactado así: "La persona obligada a prestar alimentos - podrá pensionar al alimentado, o darle, en casa, hospedaje y sustento. Párrafo único: Compite, empero, el juez, si las circunstancias lo exigen, fijar la forma de la - prestación debida".

Hay, así, posibilidad de elección por parte del - alimentante con referencia a la manera de cumplir la deuda; sin embargo, este derecho de elegir no es absoluto, - pues el legislador tuvo la preocupación de dejar bien cla

---

(74) Vease Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 322; Colin y Capitant, ob. cit., tomo II, pág. 749, y Planiol y Ripert, ob. cit., vol. II, págs. 36 y 37. Los autores últimamente citados hacen resaltar que los - padres deben hacer el ofrecimiento, puesto que el Tribunal, sin violar el texto del art. 211, no puede obligarlos a recibir el hijo, si es el deseo de los - padres pagar una pensión en dinero. Señalan que "esta regla es excepcional para el padre o la madre; el ofrecimiento de alojarlos en su casa no puede ser hecho por un abuelo o una abuela, o por un padre político o una madre política. No se debe extender tampoco dicha regla a los hijos que deben alimentos a - sus padres".

ro la interferencia del magistrado en la resolución de tan delicado asunto. 'El juez examinará si puede ser ejercido. Si el alimentante es hombre soltero, no debe el juez consentir que vaya a habitar con él una inexperta muchachita; si no ofrece condiciones de moralidad, no se le deben entregar menores" (75).

La facultad de prestar los alimentos recibiendo en casa al alimentado, en nuestro antiguo derecho, estaba restringido solamente a los padres e hijos; en el derecho actual, subsiste para cualquier pariente, sea cual fuere el grado, desde que haya la obligación alimenticia establecida en la ley.

#### JUSTA CAUSA PARA NO RECIBIR ALIMENTOS EN FORMA DE HOSPEDAJE

25. Conforme ya señalamos, puede el deudor llamar al alimentado a su compañía y darle en su propio hogar los alimentos. Tal decisión no puede tomarle por su propia cuenta porque el juez tendrá la última palabra. Como bien ha dicho Royo Martínez (76): "Por su propia índole, esencialmen-

(75) Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 307.

(76) Royo Martínez, ob. cit., pág. 322. Colin y Capitan, ob. cit., tomo I, pág. 748, subraya que "el Tribunal decidirá siempre si los alimentos se han de facilitar en forma de hospitalidad o anualidad, en especie o en dinero.

te equitativa y asistencial, ha de concederse en cuestión de alimentos un amplísimo margen de aplicación del arbitrio judicial". El juez, como elemento imparcial y guardián de la justicia, procurará la mejor forma de establecer el cumplimiento de la obligación.

Cuando hay inconvenientes que impidan la cohabitación, el juez tomará cuenta de ellos y se opondrá a tal forma de satisfacción de la deuda. Informa Fernández Clérigo (77) que "el art. 319 del Código Civil venezolano consigna que el que debe suministrar los alimentos puede hacerlos pagando una pensión o recibiendo o manteniendo en su propia casa el que tiene derecho a ellos, pero en ningún caso podrán ser obligados los ascendientes a recibirlos en la casa de quien haya de prestarlos". Más adelante, consigna que "el art. 310, de la legislación mexicana manda que el deudor de alimentos podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos del otro, y cuando no haya inconveniente legal para hacer esa incorporación".

Hay, pues, circunstancias e impedimentos, ya de índole moral o social que no permiten otra forma de satisfacción de la deuda alimenticia que el pago en dinero. Sin embargo, hay cuestiones de fuero íntimo que el juez desconoce; según las apariencias normales nada impedirá el reci - (77) Fernández Clérigo, ob. cit., págs. 546 y 548.



bimiento del alimentado en la casa de aquel que debe cumplir con la obligación. Surge, entonces, la justa causa.

¿Qué se entiende por justa causa?. En primer término, es una idea muy subjetiva, que se circunscribe a cada caso en particular, basado en cuestiones sociales y morales.

La justa causa tiene que ser aducida y tener fundamento para tal. Si la elección ha sido con la anuencia del juez que ha determinado que el alimentado reciba los alimentos en la casa del obligado, y sin justa causa la abandona, no podrá el juez imponer al alimentante el cumplimiento de la pensión, pues él ha hecho todo lo posible; quedará libre de la obligación (78).

Cuando el deudor se ofrece para dar el sostenimiento en su casa, incumbe a él demostrar las razones que justifiquen su modo de proceder. El juez, en vista de estas razones, le atenderá, y sólo no decidirá en este sentido cuando exista justa causa para la denegación, apreciando en cada caso las circunstancias presentadas, debiendo desechar la posibilidad de simple capricho.

Caso distinto es el del padre para con los hijos; los primeros podrán llamar a los segundos a su casa, sin

---

(78) Cf. Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 307.

necesidad de justificar su actitud. Dispone el art. 15 de la Ley nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que trata de la organización y protección de la familia que: "Si uno de los cónyuges no diera el consentimiento para que viva en la casa del matrimonio el hijo natural reconocido del otro, cabrá al padre o madre, que lo ha reconocido, prestarle, fuera de su casa, entera asistencia, así como los alimentos correspondientes a la condición social en que vive, iguales a los que prestaría el hijo legítimo, si lo tuviera".

No obstante, el juez puede determinar el cumplimiento de la deuda alimenticia en dinero al hijo, entendiendo que razones de orden moral y de interés de éste último son tan fuertes que no es aconsejable la cohabitación. El hijo para apartarse de la casa paterna tiene que presentar justa causa, apoyada en tan poderosos argumentos que la autoridad judicial no encuentra otra solución que atender su pretensión (79).

El alimentante para poder satisfacer su obligación tiene, entonces, la posibilidad de cumplirla en su propia casa, cuando el juez está de acuerdo con su pre -

---

(79) Explican Colin y Capitant, ob. cit., tomo I, pág. - 749: "Si la oferta procede del padre o de la madre, el hijo que deseara declinarla tendría que aducir las razones que justificaran su negativa".

tensión. El alimentado, sin embargo, puede rechazar tal deseo, alegando justa causa.

Entre otras, podemos apuntar, a título de ejemplo:

a) incompatibilidad entre el alimentado y alimentante o persona de la familia de éste; b) estudios, como internamiento en un colegio para el mejor aprovechamiento del menor, según entendiera el juez; c) apartamiento del alimentado por obligaciones militares; d) fijación de la casa del alimentante en lugar impropio para la salud del beneficiado, debidamente comprobada; e) localización de la casa del obligado en un segundo piso, sin ascensor, cuando el alimentado es persona de edad; f) el alimentante es persona soltera o, incluso, viudo y la alimentada mucha joven e inexperta, etc., etc.. En una palabra, todas las situaciones contrarias a los intereses del alimentado o que sean condenadas por la sana moral y por los preceptos de la sociedad.

La forma de prestación de los alimentos puede variar según las circunstancias, en cualquier tiempo, a petición de cualquiera de las partes o también por determinación del juez, de oficio, como por ejemplo, cuando una joven muchacha estaba siendo alimentada en casa de un matrimonio y fallece la esposa. El juez puede determinar que a partir de entonces la prestación sea ejecutada con

una suma de dinero.

### PRUEBA Y DESCUENTO EN LA HOJA DE PAGO

26. No es fácil la determinación del valor de la prestación alimenticia; la mala fe del obligado al declarar - sus rendimientos o sus salarios es notoria. La alegación de imposibilidad económica surge en cada caso que se inicia. El juez tiene un arduo trabajo al analizar la situación económica del futuro deudor, o del actual, cuando se trata de aumento de la prestación por los datos que le - son ofrecidos. Conoce la relación de parentesco entre - las partes, las necesidades del acreedor y precisa tener una justa idea de la cuantía de que el deudor dispone para la fijación. La prueba de sus rendimientos es, pues, indispensable.

El art. 209 del Código de Procedimiento Civil brasileño, con su párrafo 1º, facilita al juez medios para - la apreciación de lo alegado por las partes. Dice así: - "El hecho alegado por una de las partes, cuando la otra - no lo contestare será admitido como verídico, si lo contrario no resultara del conjunto de las pruebas". Párrafo 1º: "Si el demandado, en la contestación, negare el he

cho alegado por el actor, a éste incumbirá la carga de la prueba". Sin embargo, debido al carácter especial de los alimentos, ellos merecen un tratamiento especial por el principio de orden público, teniéndose en cuenta que "en la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común", como estatuye el art. 5º de la Ley de introducción del Código Civil brasileño.

Además, dice el art. 118 del Código de Procedimiento Civil, que: "En la apreciación de la prueba, el juez formará libremente su consentimiento, atendiendo a los hechos y circunstancias que constan en los autos, aunque no hayan sido alegados por las partes. Pero, cuando la ley considera determinada forma como de la sustancia del acto, el juez no le admitirá la prueba por otro medio".

El juez mandará hacer las pruebas que juzgara necesarias, para que pueda formar un perfecto raciocinio de lo que precisa el beneficiado y de lo que dispone el deudor.

Cuando el deudor es funcionario público, "autárquico", es militar o trabaja en empresa reglamentada por la legislación del Trabajo, la fijación no presenta grandes dificultades; el juez con una solicitud de información dirigida al local donde el alimentante ejerce sus activi-

dades, se enterará de su salario. Cuando esto no sea posible, ordenará una prueba pericial o cualquier otra diligencia que se haga necesaria.

La ley establece la posibilidad del cumplimiento de la obligación alimenticia por medio del descuento en hoja de pago. Regulan esta materia, además del art. 919 del Código de Procedimiento Civil, las leyes n.ºs. 1.046, de 2 de enero de 1950 y la ley n.º 3.200 de 19 de abril de 1941, en su art. 7º.

No es raro que el obligado haga constar en su sueldo una serie de descuentos, tales como préstamos, compra de objetos para uso personal, compra de terreno, etc. El juez debe excluir todos estos descuentos, computando sólo los obligatorios. La pensión alimenticia se basa en los rendimientos líquidos, donde se incluyen todo lo que recibe una persona, por cualquier título, de los cuales se deducen los descuentos obligatorios. Serán incluidos en los descuentos aquellos que, además de obligatorios por ley, parezcan tener por finalidad beneficiar al alimentado, tal como, por ejemplo, una deuda contraída mientras dura el matrimonio, pues aprovecha al alimentante y también a su mujer.

El descuento en la hoja de pago es una de las formas más seguras para el cumplimiento de la obligación. Puede

de no ser aceptada al principio, pero una vez que retrase el cumplimiento, aunque sea un día solamente, el alimentado se dirige al juez, que determinará el descuento, garantizando el pago cierto y seguro en todos los vencimientos.

En efecto, así está redactado el art. 919, del Código de Procedimiento Civil brasileño: "Cuando la ejecución tuviere por objeto prestación alimenticia, ésta será efectuada mediante descuento en hoja de pago, si el ejecutado fuera funcionario público, o militar, o a éstos equiparado o perteneciera a profesión reglamentada por la legislación del Trabajo". Párrafo único: "Para este efecto, el juez comunicará la decisión a la autoridad o persona competente, individualizando deudor y acreedor.

La ley nº 3.200 de 19 de abril de 1941, que regula la organización y protección de la familia, en su art. 7º, que viene a completar el art. del Código de Procedimiento Civil, ya mencionado, estatuye: "Siempre que el pago de la pensión alimenticia, fijada por sentencia judicial o por acuerdo homologado en Juicio, no estuviera suficientemente asegurada o no se haga con entera regularidad, será ella descontada, a requerimiento del interesado y por orden del juez, de los rendimientos del cargo o función pública o del empleo en servicio o empresa particular, que ejerza el deudor, y paga directamente al beneficiario". -

Párrafo único: "Cuando no es aplicable el precepto del presente artículo, y se observe la insuficiencia de los rendimientos referidos, podrá cobrarse la pensión de alquileres de predios o de cualquier otro rendimiento del deudor, que el juez destinará a esos efectos, exceptuados los gastos fiscales y de conservación, y que serán recibidos por el alimentado directamente, o por depositario designado para esto".

La ley nº 1.046, de 2 de enero de 1950 establece la consignación en la hoja de pago para atender a diversos fines. En el art. 3º, dice que puede ser admitido, con carácter obligatorio la consignación en hoja, además de la enumeración del art. 2º, otros diversos descuentos, y en el nº IV determina: "cuota para el cónyuge o hijos, en cumplimiento de decisión judicial".

El art. 21, declara: "La suma de las consignaciones no excederá del 30% del sueldo, remuneración, salario, provecho, subsidio, pensión, montepío o medio sueldo". Párrafo único: "Este límite será elevado al 60% para prestación alimenticia, educación, alquiler de casa o adquisición de inmueble destinado a vivienda propia".

Los deudores de la pensión alimenticia sobrecargan sus sueldos de consignaciones hasta el límite permitido, con el fin de quedar lo más exento posible de la presta -



ción. Pero, el juez debe abstraer todo descuento facultativo, dejando para considerar sólo los obligatorios. Nótese que la consignación incluyendo las pensiones alimenticias sólo puede llegar hasta el 60% de la remuneración. El juez, todavía, determinando la deuda, llevará en cuenta otras fuentes de renta, que el deudor pueda tener. Siendo posible, la pensión se determina alcanzando el máximo, y el resto es pagado de otra forma, promoviendo el interesado el cobro, según el art. 7º de la ley nº. 3.200, antes citada. Es menester resaltar que la ley a que nos hemos referido habla de sueldo y no de rendimientos, pudiendo ser estos de mucho mayor alcance que aquellos.

A los rendimientos es a lo que tiene que atenerse el juez para la fijación de los alimentos. En nuestra legislación no hay un límite para la determinación de la deuda, como existe en Francia donde no excede de la tercera parte de las rentas; siempre que las posibilidades económicas del deudor soporten una determinada cuantía, manteniendo su vida en el rango que tenía, el juez fijará el "quantum" justo para atender a las necesidades del alimentado.

Como ya hemos dicho, el demandante de alimentos debe encontrarse imposibilitado para trabajar y no poseer

bienes para que tenga derecho a la prestación. En el caso de que la deuda se refiera al cónyuge y al hijo me - nor, con relación al esposo y al padre, respectivamente, este no podrá librarse de la prestación alegando que los beneficiados pueden trabajar, por resultar de un deber - imperativo y absoluto.

El oficio dirigido a la persona competente por - el juez, individualiza tanto al acreedor como al deudor. En general se acepta y cumple, porque la impugnación de la petición debe siempre partir del deudor, y nunca de - la persona a quien va dirigida el oficio.

En el caso que no sea atendida, para el descuent - to en el salario, el juez expedirá un orden judicial, - procediéndose, entonces, como en el caso de una pignora - ción, quedando la persona encargada como depositaria, sujeta a las sanciones legales. Es acto de ejecución la - determinación del juez mandando hacer el descuento en la hoja de pago; el descuento es acto semejante a la pigno - ración.

La ley procura dar la mayor protección a los alimentos, estableciendo formas eficaces para su ejecución y su más pronto pago para atender a los fines de su crea - ción.

ACUERDO Y HOMOLOGACION

27. La determinación del valor de la prestación alimenticia es de gran importancia y de difícil fijación, pues - hay diversos factores que tornan ardua la tarea del juez - para precisar un "quantum" justo y razonable.

Cuando las partes están de acuerdo en este sentido, el juez examina las propuestas de ambos y las homologará o no, según sus términos. El simple acuerdo no tendrá validez alguna si no es homologado por el juez, y en el caso - que sea impugnado servirá para que el juez pueda valuar - los recursos de uno y las necesidades del otro. La posibilidad de acuerdo, en principio, es siempre viable.

Fijada una pensión, debidamente homologada, podrá esta sufrir alteración, pero valdrá hasta el día en que se concierte un nuevo arreglo. Si, por ejemplo, la pensión - ha sido rebajada, no tiene derecho el deudor a pedir restitución de lo que en realidad excediera las necesidades del beneficiado, pues ya vimos que los alimentos no se restituyen. Es posible hacer un reajuste de la pensión fijada anteriormente por homologación del juez, que también homologará la nueva.

Llegando a un acuerdo del montante de la deuda alimenticia, el juez podrá negar la homologación, y formará -

su juicio según las circunstancias que se presenten. Se impone la no homologación con mucha más razón cuando hay interés de un menor, y éste queda perjudicado con el acuerdo. Además, el art. 80 del Código de Procedimiento Civil establece como obligatoria la intervención del Ministerio Público en los procesos en que haya interés de incapaces.

En nuestra legislación hay una ley, la n° 968, de 10 de diciembre de 1939 que establece la fase de acuerdo en las causas de alimentos. Queda como obligatoria una audiencia delante del juez, de las partes, en forma separada o conjunta, donde el juez promoverá todos los medios para la determinación de un valor accesible a las partes, actuando y orientando con su experiencia, encaminando a buen término los ofrecimientos y negativas de las personas implicadas en el caso (80).

La ley n° 968 de 10 de diciembre de 1939 ha venido a dar fuerza y obligatoriedad al acuerdo, posibilitando al juez determinar con más precisión el valor de la prestación alimenticia.

---

(80) Borda, ob. cit., vol. II, pág. 358, nos dá noticia de una ley argentina, la de n° 14.237, en este sentido.- En el derecho francés, encontramos una disposición en este sentido para los esposos que demandan el divorcio, en el art. 238.

REVISION Y EXONERACION

28. La revisión tiene por finalidad adaptar la pensión alimenticia a las diversas circunstancias de variabilidad por que pasan los recursos y las necesidades de los sujetos de la deuda. Su alteración puede ocurrir en cualquier tiempo, subordinada a los principios de proporcionalidad y condicionalidad, previstos en el Código Civil brasileño en los arts. 400 y 401, respectivamente. Al establecer una nueva pensión, el juez debe proceder como si estuviese delante de una demanda inicial, atendiendo a los principios que gobiernan el instituto de los alimentos. Informa Clovis Bevilacqua (81) que los alimentos "se prestan periódicamente y no de una sólo vez; desde que haya mudanza en la fortuna de uno o de otro (de las partes), debe ser alterada la deuda alimenticia".

Exigiéndolo las circunstancias, pueden pedir la alteración de la deuda, tanto el alimentante como el alimentado, y hasta incluso el juez, ex-oficio, cuando hay interés en juego de menores o incapaces. Sin embargo, debido al carácter personal de los alimentos, ningún acreedor, ya del beneficiado, ya del obligado, puede interferirse en la

---

(81) Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 305.

modificación de los alimentos establecidos.

Determina expresamente la legislación civil española, en su art. 147, la posibilidad de aumentar o disminuir la pensión alimenticia, según la variación de las necesidades o posibilidades del alimentante o alimentado. - Idéntica disposición se encuentra en el Código Civil italiano, art. 440 que añade una característica más: "Los alimentos pueden también ser reducidos por la conducta desordenada y reprobable del alimentado". "Las causas de desheredación -esclarece Fernández Clérigo (82)- no son - en este Código (el peruano), como en otros, motivos de deprivación total de alimentos, sino de reducción de los mismos a los estrictamente necesarios". El chileno, art.332 dice que los alimentos debidos por ley son concedidos por toda la vida, añadiendo que así serán "continuando las de circunstancias que legitimaran la demanda". El Código Civil francés, en su art. 209, consigna la reducción de la deuda alimenticia, no mencionando nada con relación al aumento. No obstante, informan Planiol y Ripert (83) que de la jurisprudencia ha hecho frecuentes aplicaciones del de

---

(82) Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 543.

(83) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 34.

recho de revisión admitiendo la posibilidad de aumento, -  
teniendo en cuenta el cambio de las circunstancias, ya que  
la fijación de los alimentos tiene siempre el carácter pro  
visional.

Puede la fijación ser determinada por el juez o só  
lamente contar con su homologación, cuando haya habido a-  
cuerdo entre las partes. En el derecho francés, explican  
Planiol y Ripert (84), la pensión anteriormente fijada ten  
drá vigor hasta el momento de la revisión, sea por homolo-  
gación del nuevo acuerdo, sea por nueva sentencia, no sien  
do permitido al deudor el reembolso de cualquier cuantía -  
que de hecho excedería a las necesidades del acreedor.

Los alimentos después de señalados pueden ser au-  
mentados o disminuidos; el alimentado puede, con una acción,  
pedir que se le aumente el valor de sus alimentos cuando -  
el obligado se encuentra más desahogado económicamente y -  
sus necesidades precisan de un poco más de auxilio. A su

---

(84) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 35, nota 1.  
Sánchez Román, ob. cit., tomo V, vol. II, pág. 1.232,  
se manifiesta diciendo que "cualquier aumento o reduc-  
ción proporcional que en la pensión alimenticia haya  
de hacerse, por aumentarse o reducirse las necesida-  
des del alimentado y la fortuna del alimentante, nun-  
ca habrán de tener efecto retroactivo".

vez, el alimentante tiene posibilidad de pedir una rebaja - en la obligación que le pesa cuando las necesidades del beneficiado ya no requieran una pensión tan alta, o cuando - las facultades de quien está obligado a suministrar los alimentos hayan decaído a tal punto que si continuara pasan do la deuda afectaría a su propia subsistencia. Es necesario, dice Jossierand (85) que los alimentos reciban una a - plicación exacta de su fin, teniendo en vista los recursos y necesidades de las partes, "no sólomente en el día en que se establece la deuda sino en todo momento; los cambios im portantes sobrevenidos por ambas partes deberán, pues, ló- gicamente traducirse en un cambio del 'modus vivendi'".

Puede el alimentante obtener un cambio en la mane- ra de prestar alimentos, valiéndose de la revisión, por e- jemplo, alteración para pago en forma de descuento en hoja de pago, o también destinando las rentas de un predio para el beneficiado.

Cuando ya el beneficiado no necesita de la pensión alimenticia, por cualquier motivo, o cuando los recursos - del alimentante son de tan poca monta que le sea imposible continuar con la prestación sin afectar seriamente a su - propia subsistencia, le cabe pedir la exoneración de la deu- da.

(85) Jossierand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 317.



## C A P I T U L O   I V

### NACIMIENTO Y EXTINCION

SUMARIO: 29. NACIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA. -  
30. LUGAR DONDE SE EFECTUA EL PAGO. -- 31. PRISION  
POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. - 32. EXTIN-  
CION. - 33. GASTOS DE FUNERAL.

### NACIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA

29. Ya hemos hecho referencia a que el instituto de los alimentos ha sido creado para atender las debilidades del hombre cuando éste se encuentra necesitado de ayuda, no poseyendo ni bienes ni posibilidad para adquirir recursos con su trabajo. La ley ha previsto las circunstancias en que se debe la prestación, enumerando los parientes a quienes se puede recurrir en caso de necesidad, señalando además que la persona a quien incumbe debe tener posibilidades económicas para atender a su propia existencia y un exceso con que satisfacer la petición que se le dirige. - Resumiendo, estos elementos son: el grado de parentesco legal, necesidad del alimentado y capacidad económica del alimentante.

Ahora bien, para que tenga eficacia la obligación de prestar alimentos, es menester la existencia de un elemento cumbre que se añade a los primeros apuntados: reclamación judicial.

La obligación de prestar alimentos es una obligación impuesta por la naturaleza que, cumplida espontáneamente, atiende al deber de socorro determinado por la Mo-

ral. Pero, como ya señalamos, la Moral no posee fuerza bastante para hacer que este deber se cumpla por cada individuo cuando se presenta la ocasión. Viene el Derecho, que con su coercibilidad impone su cumplimiento. Así, es necesario e imprescindible la interposición de la demanda judicial.

Algunas Legislaciones exponen en su articulado que los alimentos son debidos desde el día de la interposición de la demanda, tales la española, art. 148, la italiana, art. 445 y la chilena, art. 331. En la legislación brasileña no hay un artículo en este sentido, pero la doctrina y jurisprudencia afirman que los alimentos se deben desde la fecha en que la acción entra en juicio. Serán pagados los alimentos si el reclamante ha obtenido sentencia favorable, en la cual se establezca el importe desde la fecha del ingreso en el Tribunal.

Antes del ingreso en el Tribunal no son debidos los alimentos, aunque permanezcan latentes, esperando la ocasión de ser reclamados. Vale el principio latino "in praeteritum non vivitur", por el cual se excluye de cualquier pretensión una deuda valorada antes de que el necesitado haga conocer judicialmente su estado de indigencia. No se deben confundir los alimentos pasados y los alimentos vencidos; los primeros son aquellos que podían ser pagados desde

que fuesen reclamados judicialmente, y no siéndolo, que -  
dan inexistentes, y para los cuales tiene aplicación el -  
principio latino mencionado. Los otras, los vencidos, son  
aquellos reclamados según las normas procesales y no paga  
dos por quien los debía. Estos últimos están comprendi -  
dos en la clase de los alimentos futuros, que son debidos  
después de la interposición de la demanda. Así, los ali -  
mentos vencidos son considerados bajo la rúbrica de los -  
alimentos futuros no pagados.

Afirmando que los alimentos pasados no son debi -  
dos, debemos comprender esto no como una renuncia o preci  
pitada suposición de ausencia de necesidad, sino simple -  
mente que el objeto del instituto de los alimentos tiene  
en vista atender la existencia de las personas para el fu  
turo y no para el pasado.

La prestación de los alimentos entre los parien -  
tes se obtiene con una acción ordinaria, establecida por  
los arts. 291 a 297 del Código de Procedimiento Civil, ca  
biendo, también, las medidas preventivas. Conviene dejar  
claro que tratándose de alimentos se hace necesaria la a  
plicación de la Ley nº 968, de 10 de diciembre de 1939, -  
que establece la fase de acuerdo, cuyo contenido transcri  
biremos íntegramente al final de este título.

Presentada la petición inicial de la acción al -

juez, éste promoverá la realización de la audiencia; habiendo acuerdo, en cuanto al importe de la prestación de alimentos, el juez mandará levantar acta, firmando las partes y el propio juez, oyendo, a continuación, al Ministerio Público, siendo, entonces, homologado el acuerdo a que llegaran.

No consiguiendo un acuerdo amigable, el juez dará cuenta del hecho en el proceso, citando al demandado para defenderse, siguiendo la acción el curso establecido en la legislación procesal, conforme determina el art. 6º de la Ley 968; en la audiencia podrá no haber acuerdo entre las partes, incluso por el no comparecimiento de una de ellas. En cualquiera de los casos, el juez mandará levantar acta de lo ocurrido, prosiguiendo, entonces, la acción, esto es, seguirá el ritmo ordinario (arts. 292 y sgts., - del Código de Procedimiento Civil).

Una vez pronunciado el fallo u homologado el acuerdo, si ya no han sido dados los alimentos como medida provisoria, entra en vigor, desde la fecha de la interposición de la demanda, la prestación alimenticia.

Llega el momento de ejercitar la acción ejecutiva, por lo que los alimentos no son fijados, sino que simplemente son cobrados, pues el valor de la prestación ya está determinado, siendo ahora una deuda líquida y cierta.

El Código de Procedimiento Civil establece normas especiales para la ejecución de las prestaciones alimenticias, en los arts. 919 a 922; el art. 919 hace referencia al descuento en la hoja de pago, a que ya no hemos referido. Los siguientes tratan de la prisión por deuda alimenticia, de que nos ocuparemos a continuación.

En relación a las prestaciones vencidas, concede, también, la ley otro medio de efectividad. Así, su pago podrá, a requerimiento o ex-officio, ser ordenado por el juez mediante secuestro judicial de bienes o rendimientos del deudor, según dispone el art. 922 del Código de Procedimiento Civil. Con este secuestro, queda garantizado el pago de las prestaciones vencidas, pues representa un acto de principio de ejecución, cuya finalidad es la satisfacción inmediata del débito alimenticio. Tal es el sentido dado por el legislador a la palabra secuestro en este caso.

Además de estas medidas, que son las preferibles - por su más pronta eficacia, se puede usar la acción ejecutiva, pues en el Código de Procedimiento Civil está previsto, en el art. 298, nº XI, que serán actuadas en forma ejecutiva las acciones de los acreedores por pensión alimenticia.

#### LUGAR DONDE SE EFECTUA EL PAGO

30. En principio, en lugar donde se efectúa el pago es

el domicilio del deudor, tratándose de pago en dinero. No obstante, no es esta regla absoluta, pudiendo ser modificada por la voluntad de las partes.

Muchas veces, el pago se hace en la sede del Juicio, para evitar el encuentro de las partes, principalmente cuando ellas son marido y mujer. Cuando se observa el cumplimiento de la obligación a través del descuento en hoja de pago, el beneficiado recogerá la prestación en el local del trabajo del alimentante,

Viviendo el alimentante en una ciudad y el indigente en otra, podrá ser satisfecha la deuda por intermedio - de un Banco, depositando en las épocas propias la prestación a orden del beneficiado, en la localidad donde él se encuentra.

Podrá ser pagada en la casa del alimentante, cuando éste mantiene al alimentado en su compañía, suministrando ahí todos los alimentos. En el caso de ser pagada la - deuda con renta de un inmueble, aparte de otra posibilidad, se hará el pago en el local donde éste se encuentre.

Citamos solamente algunos ejemplos, pudiendo haber muchos otros, dependiendo del acuerdo de las partes, super- visado por la autoridad del juez.

PRISION POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

31. La ley ha establecido como forma segura y eficaz del pago de la deuda alimenticia el descuento en la hoja de pago de los sueldos del alimentante, cuando éste pertenezca a una entidad estatal o particular.

Cuando el obligado trabaja por cuenta propia o ejerce una profesión liberal, esta medida no podrá realizarse. Sin embargo, el legislador ha procurado dar una amplia garantía al cumplimiento de la prestación de alimentos, y ha previsto la prisión del deudor en el caso de incumplimiento culpable.

Así está redactado el art. 920, del Código de Procedimiento Civil: "Cuando no sea posible el descuento en la forma del artículo anterior, o cuando el deudor no perteneciera a cualquiera de las categorías en él enumeradas, el no cumplimiento de la prestación alimenticia será punible con prisión, decretada por el juez civil". Párrafo 1º: "A este efecto, el juez, si el acreedor lo requiere, señalará al deudor el plazo de tres (3) días para efectuar el pago, exhibir prueba del mismo o justificar la imposibilidad del cumplimiento de la prestación". Párrafo 2º: "Probadamente la imposibilidad del cumplimiento de la prestación, el juez concederá al deudor plazo razonable para cumplir-



la". Párrafo 3º: "Si el deudor no cumpliera lo dispuesto en el párrafo 1º, el juez, dentro de cuarenta y ocho (48) horas, decretará, por plazo de uno a tres (1 a 3) - meses, su prisión, que sólo mediante pago de las prestaciones vencidas podrá ser levantada antes del término" . (86).

La prisión por incumplimiento de la prestación a limenticia está también prevista en la Constitución Federal de 1946, en el art. 141, párrafo 32: "No habrá prisión por deuda, multa o costas, salvo en el caso del depositario infiel y en el de incumplimiento de la obligación alimenticia, en la forma de la Ley".

Tiene su explicación el hecho de estar mencionada la prisión por deuda de alimentos tanto en la Constitución como en la legislación ordinaria. La Constitución de 1934 decía simplemente en su art. 113, nº 30 que: "No habrá prisión por deuda, multas o costas", y la de 1937 - no ha repetido el precepto, dejando para el legislador - ordinario la regulación de la materia, lo que fué hecho, obteniendo el Código de Procedimiento Civil la sanción - del Poder Ejecutivo por el Decreto-Ley nº 1.608, de 18 de

---

(86) Vea transcripción del art. 919 del Código de Procedimiento Civil, en la pág. 83, en el nº 26.

septiembre de 1939. La Constitución de 1946 incorporó en el capítulo de los Derechos y Garantías Individuales la prisión por incumplimiento de la deuda alimenticia - en los términos ya mencionados.

El fin principal de los alimentos es satisfacer las necesidades de la existencia, y como es natural, no puede esperar un tiempo muy largo, pues así perdería su razón de ser. Conseguida una prestación alimenticia, - esta debe ser inmediatamente cumplida. La ley procura dar todos los medios posibles para la más pronta ejecución, llegando hasta el extremo de determinar la prisión del obligado cuando no cumple como debía el deber que le compete.

Una vez que las prestaciones se atrasan, no por culpa del alimentando, se le ha facultado para obtener la prisión del obligado, solicitando al juez esta medida extrema, fuerte y eficaz, no hay duda, pero que viene a atender la indigencia de quien solicita los alimentos, y quien lo hace es porque está necesitado de ellos. El juez marcará un plazo de tres días para que el obligado pague la deuda o pruebe que ya lo ha hecho. Podrá, también, en este plazo de tres días, manifestar su imposibilidad de cumplimiento, imposibilidad esta que será debidamente apreciada por el magistrado. Creemos que -

dentro de este plazo, cuando no es posible efectuar el - pago, se comprende el triduo dentro del cual el obligado puede justificar su actitud, teniendo posibilidad hasta de pedir un cierto número de días para cumplir la obligación; terminado éste, podrá pedir prórroga, si el magistrado estima como buenas las causas presentadas.

Debe el juez apreciar bien el caso, pues no son raras las veces en que la petición de un plazo no tiene en vista nada más que efectos dilatorios. Las circunstancias deben ser actuales e independientes de la voluntad del deudor; la imposibilidad debe ser probada. Si la causa del impedimento es provocada por el deudor, -como ejemplo, citemos el abandono de un empleo para tener una baja considerable en sus rendimientos- el juez no debe conceder el aplazamiento para pago de la deuda, decretando desde luego su prisión.

No puede el deudor discutir el importe de la deuda, pero podrá intentar su exoneración por medio de una acción propia, y también la rebaja. Siéndole imposible satisfacer totalmente la deuda de las pensiones vencidas, el obligado puede pedir pagar sólo una parte de ella en ese momento y solicitar un aplazamiento para el pago del resto; sus alegaciones serán estudiadas por el juez, que atenderá la petición cuando tenga motivos de real efica-

cia. El juez no podrá rebajar la deuda todavía, sino solamente conceder un plazo para que el deudor cumpla su obligación. Para que el alimentante obtenga la exoneración o reducción de la deuda, deberá actuar sus pretensiones a través de una acción específica de estas clases, probando que le es imposible continuar con la deuda o con la cantidad antes fijada, y le será concedida en caso de que presente razones suficientes para tal. Podrá intentar esta acción mientras transcurra el plazo solicitado para el pago de la deuda, cuyo incumplimiento será coronado con la prisión, o durante el tiempo de una a otra prestación parcial.

Cuando el alimentante no pague dentro del triduo, no presente recibo de pago de la deuda liquidada o no justifique la concurrencia de condiciones que le eximan de cumplir la obligación, el juez determinará su prisión, dentro de 48 horas, por un plazo de uno a tres meses, no siendo necesaria nueva petición del indigente.

Decretada la prisión, el deudor tendrá que cumplir la íntegramente, salvo en el caso de que pague todas las prestaciones vencidas hasta aquella fecha. Determina el art. 921, del Código de Procedimiento Civil: "El cumplimiento integral de la pena de prisión no eximirá al deudor del pago de las prestaciones alimenticias venideras o ven-

cidas y no pagadas, pero excluirá la imposición de nueva pena de prisión".

Cumplido todo el tiempo de prisión, queda todavía el alimentante obligado a satisfacer su deuda anterior así como las que fueren venciendo. Pero, no le podrá ser otra vez impuesta la prisión por aquellas prestaciones vencidas hasta la fecha del término de la pena que le fué impuesta. Sin embargo, cabrá otra orden de prisión por deudas que se vencieren después del cumplimiento de la pena, pensiones estas vencidas y no pagadas.

En materia de tan grande importancia, no podría quedar sin referencia a la legislación penal (Decreto-Ley nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940) que ha consagrado en el Capítulo III, del Título VII, de la Parte Especial, - "Los crímenes contra la asistencia familiar". Se compone de cuatro artículos, de nºs. 244 a 247, siendo el primero, el del nº 244 de gran interés para la materia que ahora - estamos tratando, pues los tres últimos se refieren a los menores.

Dice el art. 244 del Código Penal brasileño: "De-  
jar, sin justa causa, de proveer a la subsistencia del -  
cónyuge, o de hijo menor de dieciocho años o inapto para  
el trabajo, o de ascendiente inválido o valetudinario, no  
proporcionando los recursos necesarios o faltando al pago

de la pensión alimenticia judicialmente fijada, dejar, sin justa causa, de socorrer a descendientes o ascendientes - gravemente enfermo. Pena: detención de tres meses a un año, o multa de mil a diez mil cruzeiros".

El Código Penal español también consagra una disposición en este sentido, el art. 487, que es lo esencial - de la Ley de 12 de marzo de 1942. "En nuestra patria -dice Castán Tobefas (87)- ha sido establecido este régimen por la Ley de 12 de marzo de 1942 en virtud de la que se sancionaba "el delito de abandono de familia o incumplimiento de los deberes de asistencia familiar" y que ha sido, incorporada, con leves modificaciones, al Código Penal vigente, en su art. 487". Añade en la página siguiente, nota 1: "Como advierte Cuello Calón, el deber de asistencia a que alude el Código Penal, al hablar de "asistencia indispensable para el sustento" es independiente de la institución civil de los alimentos, y tiene una significación más restringida que las de los alimentos civiles, pues representa sólo lo estrictamente necesario para el vivir (El delito de abandono de familia, 2ª ed., pág. 58). Puig Peña (88) esclarece: "En muchas ocasiones el deudor conoce la necesidad y no acude a satisfacerla.... Antes - (87) Castán Tobefas, ob. cit., tomo V. vol. I, pág. 147. (88) Puig Peña, cit., pág. 388.

de la ley española de 12 de marzo de 1942, no existían en nuestro Derecho esas sanciones del tipo penal: solamente los preceptos sobre el abandono de niños y las disposiciones que castigaban con pena leve el descuido en la educación de los infantes eran lo único que en los respectos penales había merecido la atención del legislador... El incumplimiento de los deberes de asistencia... se sancionan en la ley especial con penas prohibitivas de libertad que se rigorizan cuando ese incumplimiento o abandono llega al extremo incluso de privar de lo necesario para el sustento'.

Por la Ley de 7 de febrero de 1924, cuyo texto ha sido modificado por otra Ley de 23 de julio de 1942, la legislación francesa (89) definió y sancionó el delito de abandono de familia. Una sentencia firme a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente que establece una pensión alimenticia, no siendo pagada durante más de dos meses, por displacencia o mala voluntad del deudor, implica una forma del delito de abandono de familia. La pena es de tres meses a un año de prisión o multa de cien a dos mil francos, y en caso de reincidencia la pena de prisión se hace obligatoria.

---

(89) Vease sobre el asunto, Planiol y Ripert, ob. cit., - tomo II, págs. 39 y 40; también Josserand, ob. cit. tomo I, vol. II, págs. 325 y sgts.

Josserand afirma (90) que "el sistema del Código Civil se ha revelado, en la práctica, como ineficaz contra el deudor sin escrúpulos, firmemente resuelto a sustraerse de la obligación de alimentos que pesa sobre él. Era preciso recurrir a medios sin réplica para vencer su inercia y para asegurar así la ejecución de una deuda sagrada entre todas". Más adelante, añade: "Pero ha de entenderse que no se trata aquí del abandono material concerniente a la persona física del hijo, previsto y penado por el art. 349 del Código Penal, sino de un abandono de orden pecuniario, de un abandono de ayuda".

Demostrando buena fe, el deudor que se encuentra en situación de no poder pagar la pensión, debe ser librado de ella, y naturalmente exento de las penas previstas. Ahora bien, pueden ser privados de la patria potestad y también de sus derechos civiles los padres que fueren condenados por abandono de familia, y si el deudor está casado no podrá ya en adelante otorgar poder a su mujer. Siendo el acreedor un afín, no proceden las sanciones penales, pues el texto ha dejado de lado las deudas alimenticias - que se establecen entre los hijos mayores, con los padres políticos y con los hijos políticos.

---

(90) Josserand, op. cit., tomo I, vol. II, pág. 325.



"La creación del delito penal -en las palabras de Planiol y Ripert (91)- ha proporcionado a la obligación civil la única sanción que puede ser eficaz. Impide que se burle la decisión judicial que ha sido pronunciada".

Observamos en esta ligera comparación que hay puntos básicos comunes para que se observe el delito contra la asistencia familiar: sentencia firme, relación de parentesco y displidencia o falta de una justa causa por parte del deudor en el pago de su obligación. Es imprescindible, pues, que haya una omisión voluntaria del deudor porque, en caso contrario, dando pruebas seguras de que le es imposible cumplir la obligación y de haber faltado a su deber de asistencia, no hay crimen a castigar, desde que "nemo ad impossibile tenetur".

La actuación del juez penal se limita, cuando ha sido fijada judicialmente la pensión alimenticia sin que obtenga cumplimiento, a la ratificación de la orden del juez civil, cuando la solicite éste, no habiendo que estudiarla sino simplemente ejecutarla, abstrayéndose de las necesidades del beneficiado y de los recursos de la persona obligada. Cuando no exista una justa causa, el juez civil decretará la prisión del alimentante que no ha cumplido su deber, y es suficiente el atraso de un mes para -

---

(91) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 39.

la determinación de esta medida, no siendo necesario, como en la legislación francesa, la espera de más de dos meses.

Conviene advertir que la prisión por deuda establecida por el Código de Procedimiento Civil y por la Constitución es materia distinta de la contenida en el Código Penal. La prisión civil impuesta al deudor es un medio coercitivo de ejecución, y no una pena; su único objetivo es forzar al pago de la deuda, pues como vimos, una vez liquidada, antes de terminar el plazo de la prisión, estará libre. Con razón critican los comentadores el término usado por la Ley, "el no cumplimiento de la prestación alimenticia será punible con prisión". No cabe duda que es una medida fuerte y violenta pero plenamente justificada; en peor situación queda el alimentado que se encontrará en serias y reales dificultades.

#### E X T I N C I O N

32. La decisión judicial que establece una deuda alimenticia determina su principio, así como su valor, pero nunca su fin. El está condicionado por diferentes factores por los cuales puede la obligación alimenticia tener una existencia efímera.

Una vez concedidos los alimentos, lo son para toda la vida, sufriendo diversas graduaciones en su importe debido a las circunstancias que implican su disminución o aumento, conforme a la situación económica del alimentante o del alimentado.

En principio, cesa la obligación alimenticia con la muerte del alimentado o del alimentante, pues desaparece el vínculo que la justificaba. Falleciendo el deudor deja de existir la fuente de las prestaciones, poniendo fin a la deuda, deuda esta que no se trasmite a sus herederos (art. 402, del Código Civil brasileño). La legislación civil española establece, en su art. 150, que la obligación suministrada por el obligado termina con su muerte, aunque haya sido fijada por sentencia firme.

Precisa de mayor aclaración la figura del alimentado; por una norma general, ocurrido su fallecimiento cesa la obligación de prestar alimentos: es uno de los principios básicos, aunque tiene excepciones. Dice Mucius Scaevola (92) que "cuando muere el alimentante la obligación se extingue en absoluto en tanto que con el fallecimiento del alimentista puede originarse una nueva obligación con motivo de la muerte".

---

(92) Mucius Scaevola, ob. cit., tomo III, pág. 474.

Existiendo prestaciones atrasadas (93), los herederos del fallecido acreedor podrán reclamarlas, pero será como una deuda común, a través de una acción ordinaria y nunca con el carácter de una deuda alimenticia. Podrá, sin embargo, el alimentante suministrar alimentos a los herederos del alimentista, pero, para esto, tienen ellos que reunir ciertas condiciones que la ley establece, procurando alimentos por título propio, con vínculo completamente distinto de los que eran pasados al antiguo acreedor. Hay otra faceta interesante en la figura del alimentado, cuando fallece, que son los gastos de funeral; apreciaremos este caso más adelante.

Se observa, también, el cese de cumplimiento de la obligación cuando aquel que la suministraba se encuentra en situación tan precaria, por razones económicas o de salud, que ya no pueda cumplirla. Habiendo causas que vengán a disminuir el nivel económico de vida del alimentante, queda desvinculado de la deuda que le había sido impuesta. Casos de enfermedad grave, pérdida de bienes de los cuales obtenía rentas, o cualquier factor que pueda determinar una gran baja en los recursos del

---

(93) Lafayette, ob. cit., pág. 358, nota 52, dice: "Es de notar que los alimentos vencidos y no pagados en vida del alimentado, son debidos a sus herederos".

deudor, dan lugar a la suspensión de la deuda alimenticia. Es obvio que la suspensión tendrá que ser determinada por vía judicial; la causa alegada será examinada para evitar fraude o medio de huir a la obligación por parte del deudor. Debido a estas circunstancias, el cumplimiento de la deuda alimenticia pasará a otro pariente que esté en condiciones de poder suministrarla sin peligro para su propio sustento.

Una vez que el alimentado ha adquirido medios suficientes para proveer a su propio sustento, termina para el alimentante la obligación del pago de la deuda. Recordemos una vez más que para tener eficacia jurídica, la exoneración debe ser hecha por intermedio del juez.

El principio de la condicionalidad está presente tanto en este caso como en el precedente. No es justo que la obligación perdure cuando ella no es precisa ya; la institución de los alimentos ha sido creada para atender a los verdaderos necesitados y no para fomentar la ociosidad y la pereza. Deberá ser mantenida mientras atiende a su fin específico.

Un caso de paralización de la deuda puede ocurrir cuando el alimentado, recibiendo los alimentos en casa del alimentante, forma esta establecida judicialmente, abandona sin justa causa el lugar donde era mantenido.

No existe infracción por parte del obligado que venía - cumpliendo su deber regularmente, y el juez no le podrá constreñir a prestar la obligación de otra forma, pues atendía a su obligación en la medida que le había sido impuesta, quedando, así, libre; debemos acentuar, sin embargo, que ésto sólo se observa cuando el beneficiado abandona la casa sin justo motivo.

La extinción se opera en los casos planteados - teniendo en consideración la personalidad de la deuda a alimenticia, pues en los casos en que pueda surgir una - otra vez, tendrá el beneficiado que obtener los alimentos por medio de una acción distinta de la que antes existía.

Nuestro antiguo derecho preveía otras causas de casación de la deuda alimenticia, como los casos de desheredación (94) que no continúan en vigor en el actual

---

(94) Regía en Brasil, desde su descubrimiento, la legislación portuguesa, e incluso después de la independencia, pues determinó la Ley de 20 de octubre de 1823 que nuestra legislación continuaría siendo la misma del antiguo reino, esto es, ordenaciones, leyes, regimientos, alvarás, decretos y resoluciones promulgadas por los reyes de Portugal. De esta manera, las Ordenaciones Filipinas, que habían sido decretadas por la ley de 11 de enero de 1603, por D. Felipe y confirmadas por la Ley de 29 de Enero de 1643, por D. Joao, entraron en vigor en Brasil, como legislación propia.

Código Civil. En realidad, no hay un artículo específico, que resulta necesario, en la legislación civil brasileña, refiriéndose a la extinción de la deuda alimenticia (95); no obstante, el art. 401 contempla la exoneración, que en el fondo no deja de ser un tipo de cese de la deuda alimenticia. Las otras causas son establecidas por la doctrina.

Algunas legislaciones, como también hacía nuestro antiguo Derecho, remiten a la desheredación, además de señalar algunos casos en que cesa la obligación alimenticia. Así, la española, en su art. 152, nº 4. Esta legislación establece en su articulado (arts. 150 y 152, con sus cinco números) los diversos casos en que el alimentado pierde el derecho de recibir alimentos (96). El Código -

---

(95) "A par de la cuidadosa regulación que hace al Código brasileño, con respecto a esta materia, adviértese en él una grave omisión, consistente en no determinar los motivos por los cuales se extingue la obligación de prestar alimentos", manifiesta Fernández Córigo, ob. cit., pág. 540.

(96) Beltran de Heredia, cit., págs. 60 y 61, hablando de la extinción de la deuda alimenticia señala que "la muerte del alimentario es indudablemente un caso típico de extinción de la obligación alimenticia... La muerte del alimentista (-refiriéndose, indudablemente, al alimentante-) parece a primera vista que debería originar la extinción de la obligación alimenticia al desaparecer el sujeto pasivo de la misma". Pero, agrega: "Mientras subsista el estado de necesidad en el alimentario y este viva, la obligación no se extingue... Acaso, pues, lo que se produzca sea más bien una especie de novación". El autor alude a

Civil chileno, en el art. 324, la fin fine, dice que: "En caso de injuria atroz cesará enteramente la obligación de prestar alimentos". Los casos de injuria atroz están consignados en el art. 968, que trata de los casos de las personas indignas de suceder.

Dispone el Código Civil argentino, en los arts. 373-404, la extinción de la deuda, pero la simple lectura del precepto evidencia que es en absoluto insuficiente porque no comprende otros casos de extinción del derecho, como son la muerte del alimentista, la imposibilidad económica del alimentante para seguir prestando los alimentos, el que, quien tiene derecho a ellos, haya mejorado de situación y fortuna, o cuando la mala conducta, desidia o pereza sean la causa de la necesidad presente, de quien antes la tuvo justificada por otros motivos (97). El Código italiano -

---

.... otras personas obligadas, pero pensamos que la obligación entre los sujetos de la deuda se extingue, debido al carácter personalísimo de la prestación alimenticia, no impidiendo que el indigente obtenga alimentos de otros parientes, pero tendrá que ser por derecho propio. Afirma, más adelante, que la reducción de fortuna del alimentante o aumento de la del alimentado "implican una suspensión de la prestación", y el caso de falta cometida por el alimentado que da lugar a la desheredación y la hipótesis de mala conducta o falta de aplicación al trabajo "son más bien "sanciones" legales".

(97). Cf. Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 537/538.



preve el caso de la muerte del obligado (art. 448) y también el aumento o reducción de la fortuna del alimentado y alimentante, respectivamente, para la extinción de la obligación alimenticia (art. 440). La legislación francesa no hace referencia.

#### GASTOS DE FUNERAL

33. La muerte es la meta final de la vida. Venimos diciendo que los alimentos atienden a la subsistencia, a la manutención de la vida. Por una cuestión de equidad, en ciertos casos, la prestación alimenticia alcanza los gastos de funeral, como un complemento de la existencia.

La sociedad determina que todos los individuos, - de acuerdo con los recursos que poseen, merecen sepultura digna, principio este reforzado por el espíritu cristiano. Cuando el difunto no ha dejado bienes, un tercero puede a delantar los gastos para su entierro, adelanto éste que - puede tener o no el carácter de liberalidad, y en el caso de que el fallecido haya dejado bienes o patrimonio, es - tos soportarán los gastos que sean necesarios.

Si un tercero pagó los gastos del entierro no con la intención de hacer el bien, podrá reclamar el importe de los gastos a la persona que en vida del fallecido te -

nía la obligación de alimentarle si aquel no ha dejado bienes. Entendemos, no obstante, que este derecho sólo deberá ser ejercido y tener la debida acogida cuando el alimentado estaba recibiendo la deuda hasta el momento de su deceso.

El funeral deberá ser hecho según las condiciones sociales del muerto y la costumbre del lugar, comprendiendo todos los gastos hechos en razón de la muerte y de inhumación, incluso la adquisición de la sepultura y de la piedra tumular, aunque modesta, excluyendo no solamente los gastos de culto, esto es, honorarios del sacerdote o ministro de otra religión, en la ceremonia del entierro en beneficio del alma del difunto, y los del luto de la familia. El alimentante sólo podrá ser solicitado cuando el fallecido no ha dejado bienes, y además, en nuestro modo de sentir, desde que la obligación alimenticia venía siendo cumplida cuando ha ocurrido la muerte.

El Código Civil brasileño ha previsto este caso, - en su art. 1.342, igual que el español, art. 1.894, El nuestro está redactado así: "Los gastos de entierro, proporcionado a los usos locales y a la condición del fallecido, hechos por tercero, pueden ser cobrados a la persona que tenía obligación de alimentar a la que ha fallecido - aún cuando ésta no haya dejado bienes". El párrafo único

se refiere a la hipótesis de que si el pago ha sido hecho con intento de liberalidad, cesa lo dispuesto en el artículo transcrito.

El derecho romano concedía acción funeraria a quien hubiese dado sepultura a un difunto; preveía también el caso del tercero que hiciese los gastos del entierro por su propia cuenta, por acto de desprendimiento: "qui sumptua in funus fecit, sumptun non recipit, si pietatis gratia fecit" (98).

Cuando un tercero adelanta el pago de los gastos de funeral y desea el reembolso, presentará los gastos debidamente comprobados al juez que estudiando las cuentas podrá estar conforme con ellas o, siendo excesiva la cuenta determinará el valor debido, reduciéndolo a las proporciones equitativas.

Kipp y Wolff (99) afirman que los gastos de entierro se equiparan a los alimentos, cuando no sea posible el pago por parte de los herederos. En el Código Civil alemán hay disposición expresa sobre el pago de fune

---

(98) Cf. Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. V, pág. 74.

(99) Kipp y Wolff, "Tratado de Derecho Civil", 4º tomo, (Derecho de Familia), vol. I, trad. española, de la 20ª ed., alemana, 1ªa. ed., Barcelona, 1946, pág. - 202.

ral por parte del alimentante, siempre que tal pago no se puede obtener de los herederos (art. 1.615). Puede, también, contribuir para los gastos de incineración, siempre que no sobrepase los gastos normales de un entierro. (100).

Aunque la legislación francesa no tenga disposición expresa en este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina han afirmado el principio del pago, por parte del alimentante, de los gastos de funeral (101).

---oo0oo---

---

(100) Véase Lehmann, ob. cit., pág. 400.

(101) Véase Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 34; Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 316; Colin y Capitant, ob. cit., tomo I, pág. 743.

LEY Nº 968, DE 10 DE DICIEMBRE DE 1939

ESTABLECE LA FASE PRELIMINAR DE CONCILIACION O ACUERDO EN LAS CAUSAS DE DESQUITE LITIGIOSO O DE ALIMENTOS, INCLUSO PROVISIONALES, Y DA OTRAS PROVIDENCIAS.

Art. 1º. - En las causas de desquite litigioso y de alimentos, incluso provisionales, el juez, antes de despachar la petición inicial, después que ésta le sea presentada, promoverá todos los medios para que las partes se reconcilien o transijan, en los casos y según la forma en que la ley permita la transacción.

Art. 2º. - Para los fines del artículo anterior, el juez personalmente oirá a los litigantes, separada o conjuntamente, y podrá aún determinar las diligencias que juzgara necesarias.

Párrafo único: Salvo impedimento de las partes, o su expreso consentimiento, la audiencia de las mismas y demás diligencias serán efectuadas en plazo no mayor de treinta días.

Art. 3º. - Obtenida la reconciliación, el juez, en auto, hará constar el hecho de la petición inicial, que devolverá al actor, y mandará cancelar la

distribución. Antes de la devolución el demandado podrá pedir, para su documentación los certificados que deseara.

Art. 4º. - Si no consiguiera la reconciliación de los cónyuges en los casos de desquite litigioso, tratándose de casamiento realizado hace más de dos años, el juez promoverá la solución del litigio por medio del desquite amigable; si es aceptado, tendrá curso en la forma de la legislación procesal en vigor.

Art. 5º. - Conseguida la transacción entre las partes, el juez mandará autenticar la petición inicial y documentos o determinará que sea el acuerdo reducido a acta, por ellas firmada, o por otros, a su ruego, si no saben leer o no pueden escribir, a fin de ser homologada por el juez, después de oír al Ministerio Público.

Art. 6º. - Observada la imposibilidad de solución amigable, incluso por la falta de comparecimiento de cualquiera de los litigantes, el juez despachará la petición, mandará levantar acta de lo ocurrido y determinará la citación del demandado para defenders en el proceso, que seguirá el curso establecido por la Ley.

Art. 7º. - Se revocan las disposiciones en contrario.

T I T U L O   S E G U N D O

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES. MENORES.

## C A P I T U L O   I

### ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

SUMARIO: 34. QUIEN DEBE ABONAR LOS ALIMENTOS Y CUANDO SON DEBIDOS. - 35. PERSONAS OBLIGADAS. - 36. PARIENTESCO: NOCION. LEGITIMO E ILEGITIMO, NATURAL Y CIVIL. 37. - HIJOS LEGITIMOS. - 38.- HIJOS ILEGITIMOS. - 39. ADOPCION.



### QUIEN DEBE ABONAR ALIMENTOS Y CUANDO SON DEBIDOS

34. Hondos cauces morales tiene el instituto de los alimentos. La solidaridad familiar impone el deber de socorrer a aquellos que se encuentran necesitados. El vínculo de parentesco (jure sanguinis) para la ayuda recíproca interesa directamente a la sociedad.

La distribución de la riqueza no es igual, poseyendo unos más que otros. Aquellos que fueron mejor amparados por la suerte deben atenuar las necesidades de las personas menos favorecidas por ella. El Derecho, a través de su fuerza coactiva ha venido a subrayar esta ayuda impuesta por la Moral y por la sana razón, de manera equitativa y justa.

Se atiende en la determinación de la deuda de alimentos a las reales posibilidades económicas de quien va a suministrar los auxilios, siempre que, como es natural, no arriesgue lo necesario para su propio sustento. Recuérdese siempre que los alimentos "se dan "pietatis causa", "ad necessitatem", no "ad utilitatem", y mucho menos "ad voluptatem" (1). No es justo que se obligue a una persona a pa

---

(1) Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 304.

sar auxilios a parientes cuando de ello resulta su propia privación. Hay diferentes grados de necesidades, y unas preceden a otras. Si la persona indicada no puede satisfacer esta obligación, se transfirirá a otro pariente más próximo que esté en condiciones de cumplir con ella.

En el Capítulo VII (De los Alimentos), del Título V, del Libro I, trata el Código Civil brasileño, en los arts. 396 a 405, de la obligación alimenticia "jure sanguinis", fuera de la sociedad conyugal. Cuando el Código se refiere, en el art. 397, a que los alimentos son recíprocos entre los padres e hijos menciona exclusivamente a la generación de la familia fuera de la patria potestad, esto es, a los hijos mayores y emancipados. Los alimentos debidos a los hijos durante la minoría, así como al cónyuge, están tratados en otra parte, y a ellos tendremos ocasión de referirnos.

Los parientes pueden exigir unos de los otros los alimentos de que necesiten para su subsistencia (art. 396) cuando haya el grado de parentesco previsto en la ley: los padres e hijos, ascendientes y descendientes, cuya obligación alcanza a los de grado más próximo, unos a falta de otros. Se encuentran, en el último lugar, de los obligados a la prestación alimenticia, los colaterales, hasta el segundo grado solamente, quedando excluidos los afines.

En el Código Civil francés no hay un título específico que trate de los alimentos entre los parientes. Esta materia es tratada entre las obligaciones que nacen del matrimonio, desenvolviendo ahí, de una manera breve, la regulación de los derechos y obligaciones alimenticias en el - orden familiar.

Las personas obligadas a la prestación alimenticia no son las mismas en todas las legislaciones; unas contemplan los afines, otras no, lo mismo se puede decir de los hermanos, habiendo, todavía, algunas que incluyen estas - dos clases a la vez, o las excluyen.

En el aspecto de la determinación de las personas a quienes incumbe la deuda de alimentos, la legislación española es muy semejante a la brasileña.

El Código Civil alemán, en los arts. 1.601 a 1.615, se refiere a los alimentos entre parientes, con carácter - de reciprocidad; señala la obligación de los padres y as - cendientes en favor de los descendientes legítimos, de los legitimados y de los hijos adoptivos. Solamente concede - los alimentos en línea recta, y no entre los colaterales , por ejemplo, entre hermanos, y mucho menos entre los afi - nes (2).

---

(2) Véase Lehmann, ob. cit., pág. 389 y Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", cit. pág. 389.

Dentro de las legislaciones en las que los colaterales y afines no son llamados a la prestación alimenticia, se encuentra la inglesa. Hace, no obstante, una excepción dentro de los afines, en la persona de los padrastros, en el caso de que los hijos de su mujer, anteriores a su casamiento con aquella, sean hijos legítimos, sean ilegítimos, se encuentren en necesidad (3).

En Chile, la legislación no contempla los afines, pero preve el caso de los hermanos, como también hace la legislación suiza; ésta concede alimentos a los parientes en línea recta (art. 320), ascendientes y descendientes, - así como a los hermanos, aunque engloba a todos sin distinción entre parientes legítimos y naturales, y no otorga alimentos a los parientes afines (4). El Código Civil

---

(3) Cf. Glasson, "Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre", pág. 215, apud Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", cit. pág. 391, donde consta también: "Además de esto, la ley de los pobres provee cuidadosamente, para que no se vean individuos en completo abandono, impone penas a los padres desnaturalizados, autorizando la venta forzada de bienes de los parientes ricos para suministrar el pago de la deuda alimenticia. Y estatutos más recientes imponen, a los padres y a todas las personas a quienes incumbe la educación de los niños, la obligación de pago todas las veces - que esos niños fueren recogidos en una casa de corrección o a una escuela industrial".

(4) Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 532.

italiano extiende la obligación de prestar alimentos a los ascendientes, descendientes, hermanos y afines (art. 433); la legislación francesa admite los padres e hijos, ascendientes y descendientes, así como de los afines, con el carácter de reciprocidad, pero no hace referencia en ningún caso a los alimentos entre parientes colaterales, aunque sean hermanos. Así, un rico capitalista puede dejar en la más negra miseria a su hermano o hermana, y su actitud es irreprochable legalmente. Como vimos, en Alemania pasa lo mismo, pero no en Suiza, cuyos dispositivos legales protegen a los hermanos en general. "Conviene señalar -escribe Josserand (5)- que nuestra jurisprudencia tiende a admitir la existencia, entre parientes próximos y afines, de una obligación natural de asistencia". Existe la obligación alimenticia, en la legislación francesa, entre afines de línea recta: entre yerno y suegro o suegra; no obstante, no existe entre el padrastro o madrastra y sus hijos políticos (6).

---

(5) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 304

(6) Cf. Colin y Capitant, ob. cit., tomo I, pág. 741. En la página siguiente, dice: "La obligación alimenticia (entre afines) no parece extenderse más allá del primer grado. El yerno y la nuera no están obligados, creemos nosotros, a alimentos respecto a los ascendientes más alejados de su cónyuge, ni viceversa". Con relación a los colaterales, estos autores no aprueban la determinación del Código de no establecer la obligación alimenticia entre los hermanos y hermanas (págs. 742/743).

PERSONAS OBLIGADAS

35. Según el Código Civil brasileño son cuatro las clases de personas obligadas a la prestación alimenticia, a - saber: padres e hijos, ascendientes, descendientes y hermanos, no siendo demás repetir, siempre con carácter de reciprocidad.

Los padres aparecen en primer lugar en la prestación de la deuda alimenticia; ellos son la base de la familia (7), y a ellos deben dirigirse primeramente los necesitados. Siguen los ascendientes que son llamados en orden de proximidad; la obligación es conjunta, en los ascendientes del mismo grado. Cuando se proponga una acción, deberá ser dirigida contra todos los obligados. Si ha sido - propuesta contra uno solamente, podrá el indicado oponer - que la deuda deberá ser dirigida contra los ascendientes - del mismo grado. Un abuelo, por ejemplo, el paterno, tiene sobre sí la deuda alimenticia de un nieto; puede aquél pedir al juez que la obligación sea dividida con el abuelo materno, estando éste en condiciones para atenderla. En la

---

(7) "La obligación de prestar alimentos incumbe, mientras dura el matrimonio al padre y a la madre, cualquiera que - sea el régimen del casamiento, por el deber que tienen de conservar y hacer felices a aquellos que hicieron venir al mundo", dice Clovis Bevilacqua, "Direito da Familia", cit., pág. 386.

insuficiencia de uno, el otro completará el valor de la deuda. Se observa, entonces, una pluralidad de deudores, siendo cada cual responsable por su cuota. Como ya acen-  
tuamos, nuestra legislación no preve el caso, como hace -  
la española (art. 145), de que un solo obligado, en situa-  
ción de emergencia, satisfaga toda la deuda para ir des -  
pués a cobrarla de los otros coobligados. Sin embargo, -  
creemos que el juez puede tomar esta medida, cuando las -  
circunstancias así lo requieran (8).

No pudiendo los ascendientes satisfacer la deuda,  
el alimentado apela a los descendientes; pero, los descen-  
dientes no son llamados arbitrariamente, sino siguiendo -  
el orden de sucesión (9).

---

(8) Afirma Manresa, ob. cit., vol. I, pág. 700, que "en la legislación inglesa, cuando son varios los obligados a dar alimentos, los tribunales son los que deben designar quien o quienes deben suministrarlos y en qué proporción, pues nada de esto se halla consignado en la ley". Por otra parte, en la legislación argentina, enseña Borda, ob. cit., vol. II, pág. 356: "Quien ha sido condenado a pasar alimentos y lo hiciere voluntariamente de acuerdo a derecho, puede exigir de los parientes obligados en igual rango que contribuyen al pago de la pensión... Bien entendido, sin embargo, que este derecho se refiere a la contribución de los alimentos futuros. Los ya abonados no pueden ser repetidos, aunque haya otros parientes en igual rango..."

(9) "En Egipto, a las hijas y no a los hijos incumbía la obligación de proveer al sustento de los padres", señala Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", cit., pág. 387, citando Pauly, *Realencyclopaedie*, apud, Leist, *Graecoitalische Rechtsgeschichte*, I, pág. 13.

Es de notar, que muchas legislaciones anteponen los descendientes a los ascendientes en la obligación alimenticia, como ejemplo, entre otras, la italiana (art. 433), la española (art. 144), la chilena (art. 321).

La doctrina francesa se ha inclinado a colocar en primer plano, para la obligación alimenticia, a los descendientes antes que a los ascendientes, punto a que algunos autores difieren (10), afirmando que los parientes deben concurrir en el mismo grado, y los de grado próximo preferirse a los de grado más remoto. Planiol y Ripert argumentan que no se debe tener en cuenta el orden de sucesión en este caso, porque "la obligación alimenticia no está ligada al derecho de herencia, sino fundada en el lazo de familia; la prueba está en el hecho de que los afines también tienen esa obligación aunque no heredan. Es, pues, un error considerar los alimentos como una carga de la vocación sucesoria... Es preciso hacerlo de acuerdo con la fuerza del lazo de familia que es la base de la deuda alimenticia y llamar conjuntamente a los ascendientes y descendientes si son del mismo grado" (11).

---

(10) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 314, pondera que "tal afirmación, puramente gratuita, no se funda en ningún argumento decisivo".

(11) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 34.



Resta, todavía, una última clase de obligados, según la legislación brasileña: los hermanos, clase esta rechazada por muchos Códigos, como el francés y el alemán. - Son considerados tanto los hermanos germanos (cuando con hijos del mismo matrimonio), como los unilaterales (cuando solamente se ligan por uno de los progenitores).

PARENTESCO: NOCION, LEGITIMO E ILEGITIMO, NATURAL Y CIVIL

36. Parentesco es el vínculo que une las personas que descienden una de la otra o de un antepasado común.

La moderna doctrina brasileña no ha aceptado la distinción que hacía el derecho romano, llamando agnación al parentesco derivado del lado paterno, y cognación por el lado materno. Hoy es aceptada solamente la consaguinidad que es el parentesco creado por la naturaleza, resultante de la unión de la misma sangre.

El número de generaciones determina el grado y la serie de grados forman la línea que puede ser recta o colateral, también llamada transversal.

Recta es la línea que se inicia en el progenitor y sigue a los procreados (descendientes) o toma el camino in

verso (ascendientes). Tomando una persona como base, será descendiente en primer grado de su padre, en segundo grado de su abuelo, y ascendiente en primer grado con relación a su hijo y en segundo grado en relación a su nieto, etc..

Colateral o transversal es la línea que establece el parentesco de personas que proceden de un tronco común sin descender una de la otra. Se encuentran en esta línea los hermanos, tíos y primos. Los hermanos pueden ser germanos o bilaterales (hijos del mismo matrimonio), o unilaterales (ligados por uno sólo de los progenitores). Si uno de los progenitores es el padre, los hermanos son consanguíneos, y en caso de ser la madre, uterinos.

Igual es la línea colateral en que se observa la misma distancia entre los parientes y el tronco común, y desigual cuando esto no se verifica. Así, considerando una persona como punto básico, su hijo A es pariente colateral igual a su hermano B, que es también, naturalmente, hijo del tronco común, pero el nieto de la persona que se ha considerado como punto básico, que es sobrino del hermano B, será pariente colateral desigual en relación a éste.

La línea transversal se duplica en la persona cuyos ascendientes son parientes entre sí. Por ejemplo: se verifican casamientos de dos hermanos de una familia con dos hermanas de otra; sus hijos serán parientes colaterales

en línea doble.

La manera de contar los grados en la línea colateral difiere un poco de la recta; mientras en ésta se comienza contando de una persona con relación a su progenitor, en el caso de la línea ascendiente, y ahí queda, en la colateral se sube hasta encontrar el ascendiente común y después baja hasta llegar a la persona con la que se quiere establecer el grado colateral. En ésta no hay primer grado; por consiguiente, los hermanos son parientes colaterales en segundo grado pues se cuenta un grado hasta el padre, y otro, bajando, hasta el hermano, y así sucesivamente. Obsérvese que la línea transversal doble no altera la manera de contar.

El parentesco colateral no pasa del sexto grado (art. 331, del Código Civil brasileño), por el simple hecho de que después de este grado el apartamiento es tan grande que debilita la afección y solidaridad recíprocas, perdiendo mucha fuerza y ya no constituye base apreciable para las relaciones de derecho.

La afinidad se establece por el vínculo que une cada cónyuge con los parientes del otro (art. 334). Entre estos parientes no ofrece la afinidad ninguna relación de orden jurídico, aunque en la sociedad y en el seno de la familia haya expresiones en este sentido. Cabe, sin em -

bargo, señalar una excepción, que es la referente al impedimento matrimonial pues los afines en línea recta no pueden casarse, sea el vínculo legítimo o ilegítimo. No se considera la afinidad en la materia de alimentos.

Se determinan los grados y líneas de la afinidad por analogía con el parentesco de consanguinidad. Así, se encuentran en el mismo grado que el padre y la madre, en la línea ascendiente, el suegro, la suegra, el padrastro y la madrastra, y en la línea descendiente, como el hijo e hija, el yerno, la nuera y el entenado. El cuñado en la línea colateral, se encuentra en el mismo grado que los hermanos, esto es, segundo grado. La afinidad no se extingue, en la línea recta, con la disolución del casamiento que la originó (art. 335).

El parentesco puede ser legítimo o ilegítimo. Legítimo cuando es establecido por el casamiento, dentro de las formas determinadas por el Derecho. Sin embargo, no puede el Derecho dejar de dar protección al parentesco que no procede del matrimonio legal. Así, existen hijos ilegítimos, que pueden ser naturales --que provienen de personas que no tienen impedimentos para casarse-- o espúreos, comprendiendo los incestuosos y adulterinos. Estos resultan de una unión adúltera y los otros de una unión en que los padres tenían impedimento debido a la proximidad del paren

tesco.

Además, podemos considerar aún el parentesco civil, que es el resultante de la adopción, en el cual la ley procura imitar la naturaleza, estableciendo un grado de parentesco, semejante al que determina la consanguinidad.

### HIJOS LEGITIMOS

37. Ya el derecho romano determinaba que los hijos legítimos tenían derecho de exigir de sus padres los recursos necesarios para su subsistencia, en caso de necesidad. Faltando los padres, podían dirigirse a sus abuelos, pero tal obligación era recíproca, de modo que sus ascendientes cuando precisaban, recurrían a ellos. ¡Nada más justo!. La familia legítima goza de privilegios muy amplios, y mucho más con relación a la subsistencia.

Legítimos son los hijos concebidos mientras dura el casamiento, aunque sea anulado, o mismo nulo, si se ha contraído de buena fe (art. 337).

La filiación es la relación existente entre el procreado y sus progenitores. "Casamiento válido o anulado, concepción durante el matrimonio, haber sido concebido - por la mujer y engendrado por el marido, son los presumpues

tos de la legitimidad", dice Clovis Bevilaqua (12).

Lo que determina la legitimidad es la época de la concepción. El derecho ha establecido un plazo mínimo y un plazo máximo, dentro del cual puede tener lugar la concepción, proviniendo de ahí la filiación legítima. Así, el plazo mínimo fué establecido en 180 días y el máximo - en 300 días, contados el primero a partir de la convivencia conyugal y el otro desde la disolución de la sociedad conyugal, por muerte, desquite o anulación (art. 338) (13).

La manera de establecer el momento de la concepción es bastante difícil, y el derecho se basa en presunciones, que con pruebas irrefutables pueden ser rechazadas; en otras palabras, es una presunción "juris tantum" que la ley permite destruir. Como dice Josserand (14), - se "tiene como verdadero lo que es verosímil".

---

(12) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 234; Lafayette, ob. cit., pág. 255, explica: "La legitimidad de la filiación se determina por la legitimidad de las relaciones del padre y de la madre en el momento de la concepción".

(13) Informa Lafayette, ob. cit., pág. 255, que los jurisconsultos romanos apoyados en la autoridad de Hipócrates, tomaban como plazo más breve de la gestación el espacio de 182 días, 6 meses completos, y como plazo más largo, el de diez meses".

(14) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 214.

La maternidad es más fácil de determinar, pues - "mater semper certa est"; no obstante, con relación a la paternidad el problema cambia de figura por su naturaleza oculta e incierta. La ley eleva a categoría de presunción legal la probabilidad.

El hijo engendrado durante el casamiento es reputado como legítimo. "Pater est is quem justae nuptiae demonstrant". Tal presunción se funda en la cohabitación de los cónyuges en el tiempo de la concepción. Para que ello no se verifique es necesario probar que el marido estaba en la imposibilidad física de haber estado con su mujer, ya por impotencia probada o por estar en lugar muy lejano o incommunicable, como, por ejemplo, cumpliendo pena criminal, o también por estar separado legalmente de su cónyuge, siempre que no haya habido convivencia entre los dos cónyuges algún día.

Algunos autores piensan que el plazo mínimo es muy pequeño, tiempo en que el feto no alcanza una vida apta extra-uterina. Pero el Derecho tiene que basarse en datos que se aproximen lo más posible de la realidad. (15).

---

(15) Dramard, citado por Clovis Bevilacqua, ob. cit. vol. II, pág. 234, asevera que no teniendo la ciencia mejor solución, nosotros debemos contentarnos con "la verdad jurídica que se impone y contra la cual no -

El plazo más largo, esto es, 300 días, es un tiempo en que, por regla general, se observa el desarrollo normal de una criatura, desde la concepción hasta el parto (16).

El adulterio no es elemento suficiente para dar ilegitimidad al hijo, incluso probándolo y procediendo de él el decreto del desquite; "No basta la confesión, materna para excluir la paternidad", dice el art. 346 del Código Civil brasileño (17). La presunción es siempre que el

---

.... podría prevalecer, en tal coyuntura, una demostración científica, por más sólidamente establecida que se pudiese imaginar. El interés, la seguridad y la paz de la familia exigían que así fuese". Explica Lafayette, ob. cit., pág. 256, nota 412: "Es una cuestión que, como atinadamente observa Pascoal, depende del hecho. La ley debe, pues, aceptar el resultado de las observaciones de los hombres competentes, y sobre ellas asentar su decreto".

(16) "Estos plazos no se cuentan por horas, de momento a momento, sino de die ad diem, por duraciones de 24 horas, de media noche a media noche", esclarece Lafayette, ob. cit., pág. 256, nota 414. En nota 415, dice: "Entienden algunos escritores que en favor de la legitimidad puede el plazo máximo ser prorrogado por tres, cuatro e incluso siete días". Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", cit., pág. 320, nota 2, informa: "Dicen Littré y Robin, Dictionnaire de Médecine, verb. grossesse, que, generalmente, la gravidez no se prolonga más de 270 días, pero que no es raro ver su término alargado hasta llegar a 308 y 316 días, citando además, bibliografía.

(17) Comentando este artículo, se manifiesta Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 243: "La razón principal, por que la confesión materna es inoperante para



hijo puede ser del marido, y en caso de duda, prevalece la legitimidad. Es necesario que circunstancias de cabal fuerza probatoria vengan a demostrar la imposibilidad material de la unión sexual de los cónyuges, y sólo, entonces, quedará fuera de duda la ilegitimidad de la filiación.

El plazo mínimo de 180 días, a contar del casamiento legalmente realizado, da legitimidad al hijo. Sin embargo, si al realizar el casamiento el marido tenía conocimiento de la gravidez de la mujer o si con su conocimiento fué hecha la partida de nacimiento, sin contradecir la paternidad, el hijo es legítimo. En el primer caso, todo lleva a creer que el silencio del marido demuestra ser el hijo suyo; es una confesión tácita, ratificada por el casamiento.

Hecha esta digresión, señalemos que a los hijos legítimos son siempre debidos los alimentos y se les deben más que a ningún otro.

---

.... la exclusión de la paternidad, es la sospecha de que sólo por un impulso de odio, que le haya nublado la razón y obliterado el pudor, la madre dirá, en público, que su hijo no es legítimo. Una tal declaración debe ser recibida con prevención. Pero podrá ser verdadera, y la ley la acepta por la confirmación de otras pruebas."

### HIJOS ILEGITIMOS

38. Ya sabemos que los hijos ilegítimos son aquellos que proceden de una unión sexual no amparada por el Derecho. Existen los naturales y los espúreos, subdividiéndose éstos en adúlteros e incestuosos. Había otra clase, la de los hijos sacrílegos, nacidos de las personas que estaban imposibilitadas para contraer nupcias debido a la investidura de órdenes mayores o de la entrada en religión aprobada; sin embargo, esta especie desapareció a partir del momento en que se verificó la secularización del matrimonio y la separación entre la Iglesia y el Estado, en nuestro Derecho.

En Atenas, el hijo natural era excluido de la familia y de la sucesión paterna, negándole hasta el derecho de solicitar alimentos; y como si esto no fuese poco, encontraba el hijo natural repulsa por parte del Estado, que no le consentía el acceso a las funciones públicas.

En Roma, sin embargo, la ley Julia et Papia ha dado un aspecto jurídico acentuado al concubinato, distinguiéndole del "stuprum", del adulterio y de la unión con una "pellex", pues en muchos casos la ley vedaba el matrimonio, como por ejemplo, entre las provincianas y los magistrados de las respectivas provincias, entre in-

genuos y libertos. Los hijos nacidos del concubinato - eran naturales, pudiendo ser legitimados y tener hasta, aunque limitado y condicional, un derecho hereditario - en relación a la herencia paterna; en la vida social, a diferencia del ejemplo citado en Atenas, tenían libre - el acceso al funcionariado público del Estado, en todos los ramos, ya el judicial, ya el administrativo o el po - lítico. Tampoco, el derecho romano era desfavorable a los hijos cuya paternidad era desconocida e inexisten - te ante la ley (18).

Primeramente, los hijos ilegítimos, en Roma, e - ran considerados como si no tuviesen padres, y entonces correspondía a la madre la obligación de mantenerlos. - Justiniano, sin embargo, ha concedido el derecho a los hijos naturales de pedir alimentos a sus padres, pero , por otra parte, con relación a los incestuosos y adulte - rinos el derecho de reclamar alimentos ha sido denega - do.

Los hijos ninguna culpa tienen; han sido llama - dos a este mundo y su derecho a la vida es indeclina - ble, y los padres no deben huír a la obligación de pro - porcionar medios para su subsistencia. El derecho canó

---

(18) Cf. Clovis Bevilacqua, "Direito da Familia", cit., págs. 321 y sgts.

nico reaccionó contra este estado de cosas, y su influencia se ha hecho sentir; las legislaciones comenzaron a dar más atención a los hijos ilegítimos; en este sentido, aparece la legitimación por subsiguiente matrimonio, introducida por Constantino, en Roma, con relación a los hijos naturales. El Derecho romano conoció cuatro modos de legitimación: por oblación a la curia, por testamento, por rescripto del príncipe y por casamiento subsiguiente.

En el derecho brasileño, los hijos ilegítimos tienen el mismo derecho a ser alimentados que los legítimos. Ya Lafayette (19) mencionaba que los hijos espúreos podían pedir alimentos a los padres.

La legitimación confiere a sus beneficiados todos los derechos, y son equiparados, en todo, a los hijos legítimos (art. 352). La legitimación tiene por efecto dar a los hijos concebidos fuera del matrimonio legal la misma condición jurídica que poseen los legítimos, no existiendo ninguna diferencia, ni bajo el punto de vista de derechos y deberes de los hijos, ni durante la vida o después de la muerte (20).

(19) Lafayette, ob. cit., pág. 314, nota 45.

(20) En la legislación comparada, podemos encontrar idéntica disposición en los Códigos Civiles de España (art. 122), Francia (art. 333), Chile (art. 214), Italia (art. 280); y también en la legislación alemana (art. 1.179), argentina (art. 319), colombiana (art. 245), entre otras.

Nuestro derecho sólo conoce un tipo de legitimación: el casamiento subsiguiente, no siendo necesario ningún otro requisito, como por ejemplo, acto expreso de los padres, para producir sus efectos (21).

Dice el art. 353: "La legitimación resulta del casamiento de los padres, estando concebido o habiendo ya nacido el hijo". Todos los hijos ilegítimos, sean naturales o espúreos, pueden ser legitimados; basta para ello que se realice el casamiento válido, posterior a su concepción o nacimiento (22). El casamiento de los padres -

---

(21) Las legislaciones no son unánimes en este punto, y pocas establecen el mismo principio de la brasileña; con idéntica disposición, encontramos el art. 1.719 (alemana), art. 258 (suiza), art. 248 (venezolana) y el art. 1.604 (china). Entre los que exigen un reconocimiento previo por parte de los padres, están las legislaciones francesa (art. 331), española (art. 121), y algunas otras. El instituto de la legitimación está eliminado por el Código Soviético de Familia, pues no distingue entre hijos nacidos de matrimonio e hijos de padres no casados, según informa Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", cit., pág. 288.

(22) En la legislación española hay dos tipos de legitimación, y sólo alcanzan a los hijos naturales: a) por el subsiguiente matrimonio de los padres, y b) por concesión Real (arts. 119 y 120). Para que sean legitimados por subsiguiente matrimonio, los hijos deben ser reconocidos por los padres antes o después del matrimonio, época en que surtirá efectos la legitimación (arts. 122 y 123). Una vez reconocidos de esta manera, tendrán los hijos los mismos derechos que los legítimos, a diferencia de los reconocidos por concesión Real, en que la obligación alimenticia es limitada entre el padre y el hijo y su descendencia legítima (art. 143, nº 3).

debe ser válido, esto es, legítimo. "Sería injusto, además de ilógico, permitir el casamiento a los que se unieran contra el derecho y la moral, y hacer recaer sobre los frutos de esa unión reprobada, el estigma indeleble de la ilegitimidad" (23).

El marido para evitar el efecto de la legitimación de un hijo que duda ser suyo, tendrá oportunidad de contradecir la paternidad, sea en el propio acto del casamiento, sea posteriormente; en el presente caso, la presunción de la paternidad no existe -"pater est is quem justae nuptiae demonstrant"-, presunción ésta solamente valedera para los hijos procreados durante el matrimonio. Si el marido no contradice la paternidad del hijo, éste tendrá por si solo la condición legal de legitimado, inatacable por los herederos del padre.

Produce los efectos del casamiento válido aquel que es declarado putativo, en atención a la buena fe de los cónyuges o solamente de uno de ellos. La concepción anterior o el nacimiento antes o después de la realización de un casamiento válido de los padres, legitima a los hijos, retrotrayendo al momento de la concepción, borrando, de esta manera, la nota de ilegitimidad. Nótese,

---

(23) Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 250.

no obstante, que esta retroactividad tiene solamente una función moral: ni el hijo legitimado adquiere derechos hereditarios anteriores a la legitimación, ni a los padres aprovecha el usufructo de los bienes del hijo antes del casamiento (24).

No hay duda en cuanto a la legitimación del hijo natural; los padres se casan posteriormente, dando legitimidad al fruto de su unión anterior. Parece claro, también, la legitimidad del hijo adúltero; si una vez estando habilitados para el casamiento, los padres contraen justas nupcias, y desaparece, así, la mancha de ilegitimidad del hijo. Y, ¿los incestuosos?. Estos no se legitiman por la imposibilidad del matrimonio. Sin embargo, cuando existe buena fe de los dos o de uno de los cónyuges, la prole será legítima.

Lo que debe estar bien claro es que el casamiento posterior tiene que ser válido, para que la prole tenga el carácter de legítima, y una vez considerada así, los hijos son legitimados, y de esta manera son equiparados a los legítimos, teniendo por esta circunstancia todos los derechos a aquellos otorgados, inclusive, como es obvio, el derecho a los alimentos.

---

(24) En este sentido, Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 250.

Las Ordenaciones, en las cuales estaba basado nuestro antiguo Derecho, ya conferían derecho de alimentos a los hijos espúreos.

Nuestro Código Civil ha adoptado un principio genérico en el instituto de alimentos; la reciprocidad de la deuda alimenticia entre padres e hijos tiene una gran amplitud, concediendo a los hijos ilegítimos, una vez reconocidos, el derecho de pedir alimentos, y como contrapartida, el deber de prestarlos cuando fuesen llamados para tal fin, claro está, en este caso, después que el hijo alcanza la mayoría, pues cuando es menor la obligación recae única y exclusivamente, sobre los padres.

El Código Civil brasileño trata, en los arts. 355 a 367, del reconocimiento del hijo ilegítimo. No obstante, se refiere solamente a los hijos naturales, ya que en el art. 358 dice categóricamente: "Los hijos incestuosos y adulterinos no pueden ser reconocidos", artículo que ha sido derogado por una Ley posterior de la que más adelante haremos referencia.

El reconocimiento voluntario, según nuestra legislación, del hijo natural puede ser hecho de las siguientes formas: a) por declaración en la partida de nacimiento, b) mediante escritura pública, y c) por testamento.

Una vez reconocido, queda equiparado al hijo legí



timo, con todos los derechos. La maternidad no ofrece dificultad, pues "mater semper certa est", salvo casos excepcionales cuando el hijo es separado de la madre - inmediatamente que haya nacido, caso en que se hará necesario el reconocimiento materno. Ordinariamente, sin embargo, el reconocimiento se tornará inequívoco cuando se efectúe la inscripción en el Registro, donde consta el nombre de la madre. En la hipótesis de que se atribuya a una mujer un hijo ajeno, dando como suyo el nombre de la madre, aquella solamente podrá contestar probando la falsedad del Registro o de las declaraciones en él contenidas.

Nada impide que la madre haga el reconocimiento en un acto especial; también el padre y la madre podrán conjuntamente declarar su calidad en relación al hijo, que ha sido fruto de su unión.

La Ley nº 3.200, de 19 de abril de 1941, tratando de los hijos naturales, en su art. 15, declara que "Si uno de los cónyuges negare el consentimiento para que viva en el hogar conyugal el hijo natural reconocido del otro, cabrá al padre o a la madre, que le ha reconocido, prestarle, fuera de su hogar, íntegra asistencía, así como los alimentos correspondientes a la condición en que viva, iguales a los que prestaría al hijo -

legítimo si lo tuviera".

El art. siguiente, de nº 16, en su nueva redacción dada por el Dec.-Ley nº 5.213, de 21 de enero de 1943, declara: "El hijo, mientras sea menor, quedará bajo el poder del progenitor que le ha reconocido, y si ambos lo reconocieran, bajo el poder del padre, salvo si el juez decide - de otro modo, en interés del menor".

El hijo natural tiene acción contra los padres y - sus herederos para demandar el reconocimiento de la filiación, en los siguientes casos, según el art. 363, del Código Civil: 1) Si, al tiempo de la concepción, la madre estaba en concubinato con el pretendido padre; 2) Si la concepción del hijo ha coincidido con el rapto de la madre por - el supuesto padre, o con relaciones sexuales con ella; y , 3) Si existiera escrito de aquel a quien se atribuye la - paternidad reconociéndola expresamente.

Excepcionalmente, hay acción de investigación de - la maternidad, pues ordinariamente ella es notoria. Con - todo, el Código ha determinado, en el art. 364 que en el - caso de que se pretenda atribuir prole ilegítima a mujer - casada o incestuosa a la mujer soltera no será permiti- da dicha acción.

Dictada la sentencia procedente en la acción de in- vestigación, el hijo queda reconocido, adquiriendo los de-

rechos concernientes a esta calidad. El juez, podrá, según las circunstancias, determinar que el hijo sea criado y educado fuera de la compañía de aquellos que le negaron esta - situación.

Hemos tratado en líneas generales, el aspecto del - reconocimiento del hijo natural, que garantiza, una vez reconocido, entre otros, el derecho a los alimentos.

Ahora bien, mencionamos el art. 358 del Código Ci - vil que vedaba el reconocimiento del hijo incestuoso o adúltero. El autor de nuestro Código no ha visto su idea acogida por completo, pues en su manera de pensar los espúreos - también debían poder ser reconocidos, y así se ha manifestado: "La prohibición de reconocer a los espúreos no se justifica ante la razón y la moral. La falta es cometida por - los padres y la deshonra recae sobre los hijos, que en nada concurrieron a ella. La indignidad está en el hecho del incesto y del adulterio, y la ley procede como si ella estu - viese en los frutos infelices de esas uniones condenadas ". (25).

Más adelante, todavía, añade que "aunque no puedan los espúreos ser reconocidos, espontáneamente, su reconoci - miento puede resultar de la confesión hecha por los padres,

---

(25) Clovis Bevilacqua, ob.cit., vol. II, pág. 256 y 257.

a fin de determinar un impedimento matrimonial. El art. 184 habla de afinidad resultante de la filiación espúrea; pero, es claro, que, para confesar la afinidad, tendrá - que ser confesada la filiación. Puede aún la filiación - espúrea determinarse por la sentencia anulatoria del casamiento de personas impedidas de casarse, o denegatoria de la paternidad legítima. Establecida la filiación espúrea, el hijo tiene derecho a pedir alimentos (art. 405)".

El art. 405 está redactado así: "El casamiento, - aunque nulo y la filiación espúrea, probada que sea por - sentencia irrecorrible, no provocada por el hijo, sea por confesión o declaración escrita del padre, hacen cierta - la paternidad, solamente para el efecto de la prestación alimenticia".

Observamos que al hijo no cabía la iniciativa de promover el reconocimiento de su filiación, estando condicionado a la voluntad del padre. Mantuvo el Código el de recho a los alimentos de los espúreos, ya mencionado por las Ordenaciones, pero subordinado a la determinación ini cial del padre.

Este estado de cosas ha ido cambiando con el co - rrer del tiempo, pues era innegable la tendencia que se - imponía con referencia a la protección de los hijos ilegí timos. La legislación de previsión social y la ley de ac

cidente del trabajo fueron lanzando el concepto, señalando que la pensión de la aposentaduría (jubilación) alcanzaba a los "hijos de cualquier condición". En este sentido, - podemos citar, como ejemplo, el Decreto 54, de 12 de septiembre de 1934, aprobando la regulación del Instituto de Aposentaduría y Pensiones de los Bancarios, en el capt.IV; la Ley nº 367, de 31 de diciembre de 1946, creando el Instituto de Aposentaduría y Pensiones de los Industriarios, art. 9º, letra 2; los Decretos-Leyes nºs.2.122, de 9 de - abril de 1940 y el de nº 1.355, de 19 de junio de 1939, - que reorganizaron, respectivamente, el Instituto de Aposentaduría y Pensiones de los Comerciantes (art. 32, letra a) y el Instituto de Aposentaduría y Pensiones de la Estiva (art. 15, letra a).

Surgieron otras disposiciones que beneficiaban a los hijos ilegítimos, culminando con la Ley nº 883, de 21 de octubre de 1949, que disponía el reconocimiento de los hijos ilegítimos, dando posibilidad a cualquiera de los - cónyuges para reconocer a los hijos habidos fuera del matrimonio, después del desquite, y al hijo, acción para - que se le declarase la filiación (26).

---

(26) La legislación española concede alimentos a los hijos reconocidos que tengan lo que el Código llama - "condición legal de naturales"; la obligación está - restringida entre el padre y el hijo y la descendencia legítima de éste, tal como en el caso de los hi-

Así, tanto los adulterinos, como los incestuosos , tienen posibilidad de, por iniciativa propia, constreñir a sus padres a declarar su filiación. En cuanto a los alimentos, podrá el hijo ilegítimo accionar contra el padre , para su prestación, en secreto de justicia.

La Ley nº 883 que ha venido a esclarecer muchos - puntos dudosos, y afirmar más perentoriamente la situación de los hijos ilegítimos, dispone:

Art. 1º. Disuelta la sociedad conyugal, será permitido a - cualquiera de los cónyuges el reconocimiento del hijo habido fuera del matrimonio y, al hijo, la - acción para que se declare la filiación.

Art. 2º. El hijo reconocido en la forma de esta ley, para efectos económicos, tendrá el derecho, a título - de amparo social, a la mitad de la herencia que - venga a recibir el hijo legítimo o legitimado.

Art. 3º. A falta de testamento, el cónyuge, casado por el régimen de separación de bienes, tendrá derecho a la mitad de los dejados por el otro, si concurre

---

.... jos legitimados por concesión Real. En lo que se re - fiere a los hijos ilegítimos, en quienes no concurre la condición legal de natural , tendrán solamente - "los auxilios necesarios para la subsistencia", además del costeo de la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio (art. 143, nº 4). Los hijos ilegítimos sólo tendrán derecho de exigir de - los padres los alimentos en la forma mencionada, desde que se cumplan los siguientes requisitos, estatuidos por el art. 140 de aquél Código: a) si la paterni

a la sucesión exclusivamente con el hijo reconocido en la forma de esta ley.

Art. 4º. A los efectos de la prestación de alimentos, el hijo ilegítimo podrá accionar contra el padre en secreto de justicia, teniendo derecho el interesado -el hijo- a conseguir certificado de todas las actuaciones del respectivo proceso.

Art. 5º. En la hipótesis de acción de investigación de la paternidad, tendrá derecho el actor a alimentos provisionales, desde que le sea favorable la sentencia en primera instancia, aunque se haya interpuesto recurso contra esta.

Art. 6º. Esta ley no altera los caps. II, III y IV del Libro I, Parte Especial del Código Civil (arts. 337 a 367), salvo el art. 358.

Art. 7º. En el Registro Civil, prohibida cualquier referencia a la filiación ilegítima de la persona a quien se refiere se hará remisión a esta ley.

Art. 8º. Aplícase al reconocimiento lo dispuesto en el art. 1.723 del Código Civil.

---

....dad o maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil; b) si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación, y c) respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Art. 9º. El hijo habido fuera del matrimonio y reconocido, puede ser privado del amparo social, asegurado - por esta ley, en los mismos casos en que el heredero es excluido de la sucesión, o puede ser desheredado (Arts. 1.595 y 1.744 del Código Civil).

Art. 10º Quedan derogados el dec.-ley nº 4.737, de 24 de septiembre de 1942, y las disposiciones que contraríen a la presente ley.

Art. 11º. Esta ley entrará en vigor en la fecha de su publicación.

En conclusión, el derecho a los alimentos se asegura a los hijos ilegítimos, atendidas las diversas circunstancias que concurren en cada caso.

#### A D O P C I O N

39. El derecho a los alimentos entre el adoptante y el adoptado, con el carácter de reciprocidad, se encuentra en la mayor parte de las legislaciones.

La legislación brasileña no consagra un artículo específico con referencia al derecho de los alimentos entre el adoptante y el adoptado, como hace el Código Civil español, en su art. 174, con la modificación sufrida por la Ley de 24 de abril de 1958. No obstante, este derecho



puede ser deducido del lazo de parentesco que se establece entre adoptante y adoptado, además de la patria potestad, que pasa del padre natural al adoptivo (art. 336 y 379).

La persona adoptada no queda desligada de su familia natural; los derechos y deberes que resultan del parentesco no desaparecen, excepto la patria potestad, que corresponde al padre adoptivo. Mientras dure la minoría del adoptado, éste es alimentado, en iguales condiciones que un hijo legítimo, por el padre adoptivo, y solamente en caso de imposibilidad de éste, podrá recurrir al padre natural. La obligación que tiene el padre natural es subsidiaria, pues no debemos olvidar que la patria potestad corresponde al padre adoptivo.

Alcanzando la mayoría o siendo emancipado, el adoptado puede reclamar los alimentos a su padre adoptivo como un pariente suyo en línea recta, esto es, en igual condición que lo haría un hijo consanguíneo, teniendo posibilidad el padre adoptivo de reclamar alimentos de él, cuando necesite.

Como el parentesco del hijo adoptado con relación a su familia natural se mantiene intacto, podrá pedir alimentos a sus parientes, e incluso dirigirse a su padre adoptivo para reclamar la prestación alimenticia, al mismo tiempo de lo cual podrá hacer petición al padre natural, pues el -

grado que mantiene con el adoptado es el mismo. En con -  
traposición, sus parientes naturales tendrán posibilidad  
de exigir al adoptado la prestación de alimentos de que -  
carecen. Es obvio, y hasta superfluo añadir, que el pa -  
dre natural puede también reclamar alimentos de él.

Ahora bien, ¿podrá la descendencia legítima del -  
hijo adoptado reclamar alimentos al adoptante de su padre?  
No dudamos en contestar afirmativamente. Conviene escla -  
recer que el adoptado no tendrá ninguna relación de paren -  
tesco con la familia de su adoptante, ni esta familia con  
la suya, exceptuando los casos de impedimento matrimonial  
establecido por ley, concretamente en el art. 183, nºs. -  
III y V (27).

Nuestro Código determina en el art. 376 que queda  
limitado entre el adoptante y el adoptado el parentesco -  
que resulta de la adopción. En nuestro modo de sentir, -  
el parentesco no debía ser tan estricto, debiendo alcan -  
zar a los descendientes legítimos del adoptado, como hace  
la legislación francesa (art. 353) y también la española  
(art. 174, in fine, con la nueva modificación introducida  
por la Ley de 24 de abril de 1948), por ejemplo.

---

(27) Art. 183: "No pueden casarse:... III- El adoptante -  
con el cónyuge del adoptado y el adoptado con el cón -  
yuge del adoptante; ... V- El adoptado con el hijo -  
superviviente al padre o a la madre adoptiva.

Con esto, la obligación alimenticia del adoptante se extendería hasta los hijos legítimos del adoptado, no prescindiendo del carácter de reciprocidad.

Colin y Capitant declaran que la jurisprudencia francesa "asimila, con razón, los descendientes legítimos del adoptado al adoptado mismo. De donde resulta que la obligación alimenticia debe pasar de la persona del adoptado y extenderse a su descendencia" (28). Planiol y Ripert, señalando que el nuevo art. 353 del Código Civil francés ha venido a consagrar la solución admitida por la jurisprudencia, emiten parecer igual al antes mencionado. (29).

Así, pensamos que la obligación alimenticia existe, recíprocamente, entre el adoptado y el adoptante y la descendencia legítima del primero, aunque nuestro Código no extienda a la descendencia legítima del adoptado el parentesco civil originado con la adopción.

---ooOoo---

---

(28) Colin y Capitant, ob. cit., tomo I, pág. 737.

(29) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 24'.

## C A P I T U L O    I I

### MENORES: PATRIA POTESAD

SUMARIO: 40. - PATRIA POTESAD: NOCIONES HISTORICAS. -  
41. - NUEVOS ASPECTOS. - 42. EL INSTITUTO DE  
LA PATRIA POTESAD. - 43. ALIMENTOS EN LA PA-  
TRIA POTESAD. - 44. VENTA DE BIENES DEL HIJO.  
45. DELEGACION DE LA PATRIA POTESAD.

### PATRIA POTESTAD. NOCIONES HISTORICAS

40. El patriarcado romano ha trazado los cauces del poder del padre, con relación a los hijos, con características rígidas y severas. La patria potestad se extendía sobre toda la descendencia legítima que pasaba al ascendiente masculino inmediatamente inferior por muerte de aquél que mantenía tal poder. Casándose una hija, pasaba a la patria potestad del padre de su marido, y obviamente, sus hijos también. Así, para que el padre pudiese tener la patria potestad, con relación a sus hijos y nietos, debía ser "sui iuris" al nacer aquellos, pues si estuviese bajo el poder de su ascendiente, a éste competía la patria potestad. La adquisición de la patria potestad se obtenía, naturalmente, a través del nacimiento de hijos de un casamiento legítimo, o civilmente, por legitimación o adopción.

La autoridad paterna en el derecho romano ha sido concebida como un tipo de potestad muy intensa, llegando hasta el punto de ser verdaderamente unilateral, teniendo el padre, incluso, derecho de vida o muerte (jus vitae et necis). Plutarco dice que Bruto ha sentenciado a sus hijos, sin procedimiento judicial, no como -

cónsul, sino como padre. No podían los hijos que estaban bajo la patria potestad adquirir nada para sí, pues todo pasaba al patrimonio del padre. En vista de esto, no podían hacer testamento ya que nada poseían (30).

Estaba contenida dentro de la patria potestad la venta de los hijos, aunque con determinadas y mínimas condiciones (31). Diocleciano y Maximiano anularon el poder que tenían los padres de vender como esclavos a los hijos ingenuos, exceptuándose, todavía, cuando los padres estaban en extrema miseria, la venta de los recién nacidos. - Por falta de medios para mantener a los hijos, existía, - durante el imperio, la repugnante costumbre de matar o abandonar a los recién nacidos (32).

---

(30) Véase Mackenzie, "Estudios de Derecho Romano, trad. española de la 3ª ed., 1876, pág. 154/155.

(31) Emilio Costa, "Historia del Derecho Romano Público y Privado", 1ª ed., de la trad. española de 1ª ed. italiana, Madrid, 1930, pág. 265, dice: "Era inherente a la potestad el derecho de vender los hijos, si bien limitado por las "mores" a los no casados y regulado desde la edad más antigua en forma que el ejercicio del mismo no llevase consigo la reducción del hijo vendido a la condición de siervo del comprador, sino que queda en la condición de *mancipium*, suspendiéndosele la personalidad sin suprimirla".

(32) Véase Mackenzie, ob. cit., pág. 154/155.

NUEVOS ASPECTOS

41. Pero, al pasar el tiempo, fueron atenuándose las costumbres y diversos emperadores han dictado normas que dieron un aspecto más humano a la patria potestad. " El error fundamental del sistema consistía en extender el - poder, que la naturaleza impone como un deber a los pa - dres de conducir y proteger a los hijos durante la infan - cia, convirtiéndole en una autoridad sobre la persona de éstos y de sus bienes que continúa durante toda la exis - tencia de los mismos" (33).

En China, el respeto hacia los padres tiene la - forma de un verdadero culto, confundándose con el senti - miento religioso la piedad filial. Debe el hijo obediencia incontestable a los padres, cuya falta está prevista en la religión con pena de muerte (34). No muy diferente

---

(33) Mackenzie, ob. cit., págs. 153/154.

(34) Westermack, "Matrimonio humano", pág. 196, apud Clo - vis Bevilacqua, "Direito da Família", cit., pág. 364, que en nota 4, acrecenta: "El Código Civil chino, - arts. 1.084 y siguientes, regula la patria potestad a semejanza de lo que hacen las legislaciones modernas, manteniendo, todavía, de modo expreso, el dere - cho de castigar".

es en Japón, donde la piedad filial es el primer deber del hombre. "En los tiempos antiguos -escribió F. de Coulanges (35)- el padre no era solamente el hombre que tiene la fuerza, aquél que puede imponer la sumisión; es también el sacerdote, el heredero del hogar doméstico, el continuador de los antepasados, el tronco de la descendencia, el guardián de los ritos misteriosos del culto o de las fórmulas sagradas. La religión entera vive en él".

La patria potestad ha sufrido una rebaja de su rigor cuando la autoridad familiar era transferida del padre al hijo más apto y más valeroso. Así, en la Odisea tenemos un ejemplo, en el cual Ulises, hijo robusto y muy listo, toma el lugar de su padre Laertes, ya viejo y cansado.

El cristianismo fué en Roma la fuerza que transformó, de manera acentuada, la patria potestad, reduciendo su rigor. Todavía, se mantenía por toda la vida del padre y no cesaba, como hoy conocemos, por la emancipación o la mayoría.

Los germanos introdujeron un nuevo principio a este instituto: el poder paternal cesaba cuando podía el hijo mantenerse por sí propio, esto es, cuando obtenía la capacidad. El "mundium" no tenía el rigor ni tampoco la

(35) F. de Coulanges, "La cité antique", pág. 97, ed. 1885  
yud Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", cit., -  
págs. 364/365.



extensión de la patria potestad. Con esto, modificando el sistema romano, se ha establecido una dirección doble, que según Pothier indicaba, era: "1º, el derecho común al padre y a la madre de dirigir la persona y administrar los bienes del hijo hasta su emancipación o mayoría; 2º, derecho, igualmente común a ambos progenitores, al respeto y acatamiento, manifestado, principalmente, en la ocasión en que los hijos pretenden constituir familia" (36).

"La larga evolución que se ha producido durante siglos puede caracterizarse en pocas palabras: la patria potestad que los antiguos romanos concebían como un derecho absoluto de espíritu egoísta, se ha transformado, poco a poco, en un derecho relativo, de espíritu altruista, establecido en interés del hijo, y por encima de él, en interés de la familia", manifiesta Jossierand (37).

No obstante, nuestro derecho no ha recibido estas ideas más liberales, pues en el reino de Portugal predominó la concepción romana, por la cual, no está demás repetir, todos los derechos quedaban en las manos del padre, sea cual fuera la edad de los hijos.

---

(36) Cf. Clovis Bevilacqua, "Direito da Família", ob. cit., pág. 366.

(37) Jossierand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 262.

Lafayette (38) que poseía una visión amplia, ha lanzado su protesta por mantener las Ordenaciones los princi -  
pios rígidos de dominación frente a la persona del hijo, -  
principio que no estaba de acuerdo con el punto de vista fi  
losófico del adelanto del Derecho. Son sus palabras: "Model -  
ladas en su generalidad por las fórmulas severas del Dere -  
cho romano, que, en este aspecto reproduce, en enérgico re -  
sumen, el genio dominador y avaro del pueblo latino, las le  
yes civiles han desnaturalizado groseramente la institución  
de la patria potestad, añadiéndole atribuciones inconcilia -  
bles con su índole y razón de ser y convirtiéndola, por una  
singular inversión de su fin, en pesado instrumento de pre -  
potencia, de orgullo y de la codicia de los padres". Contin -  
úa diciendo que "la patria potestad roba al hijo la inde -  
pendencia personal en las relaciones del Derecho privado; -  
le despoja en favor del padre de los rendimientos de la clas -  
se más importante de sus bienes; su yugo no cesa con la mi -  
noría". Más adelante, añade: "Entre nosotros prevalece, tod -  
avía, sobre este grave asunto la antigua legislación portugu -  
guesa que no es mas que la reproducción del Derecho romano,  
en el estado en que lo había dejado el emperador Justiniano  
con las modificaciones que el tiempo y las costumbres le -  
fueron haciendo".

(38) Lafayette, ob. cit., pág. 273/274.

Nuestro Derecho, por fuerza de la doctrina, ha conseguido dar a este instituto el significado que él realmente debe tener. No consiste solamente en derechos sino que, en contraposición, hay deberes que incumben a la persona - del padre, y cuando éste falta, pasan a la madre; el objetivo primordial se dirige a la persona y bienes de los hijos menores.

De esta manera, además de los derechos hay una suma de deberes que contrapesan la autoridad paterna. Esta, que mantiene los lazos de familia, es vigilada por el poder social que impide toda suerte de abusos, sean en la órbita económica, sean en la moral.

#### EL INSTITUTO DE LA PATRIA POTESTAD

42. El Código Civil ha dado a la patria potestad una - concepción justa y equitativa; hay derechos y deberes, dando protección a los hijos legítimos, legitimados, reconocidos y también a los adoptivos, mientras sean menores.

Observamos que en el sistema del Código, la patria potestad no es exclusiva de la familia legítima; la protección de los hijos menores es amplia, porque es la edad en - que más necesitan de la autoridad paterna para moldear el - carácter y la personalidad, haciendo que sean hombres dig -

nos y honrados en el porvenir.

Al marido incumbe el ejercicio de la patria potestad durante el casamiento, y en su defecto pasa a la mujer, pues aquél es el jefe de la familia. No se debe pensar que la autoridad de la mujer desaparezca, ni mucho menos su derecho a cuidar y orientar a los hijos para su posterior felicidad. El marido, como jefe de la familia, tiene preferencia. El poder paternal, con la idea que le da el Código, se acerca más al "elterliche Gewalt", autoridad de los progenitores del derecho alemán, que a la patria potestad de los romanos: ésta era un poder esencialmente viril, compitiendo exclusivamente al padre.

Nuestros civilistas antiguos recurrían a la teoría romana de los peculios para la exposición de los derechos atribuidos al padre. Existía el peculio castrense (conjunto de bienes que el hijo de familia adquiría en el servicio militar o con motivo de él). casi-castrense (bienes adquiridos en el ejercicio de profesiones industriales, artísticas, literarias y liberales, incluyendo también los empleos públicos), adventicio (bienes de propiedad del hijo no adquiridos por ninguna de las formas antes mencionadas), y finalmente, el profecticio (fortuna o bienes de los padres administrados por el hijo, en su nombre, pero por orden de aquellos). El Código abandonó la teoría de los peculios, -

quedando hoy, sólomente, pequeños vestigios, como en el art. 391: "Se excluyen tanto del usufructo, como de la administración de los padres: ... II - Los bienes adquiridos por el hijo en servicio militar, o en cualquier otra función pública".

Existiendo cualquier impedimento en el marido, pasa a la mujer la patria potestad, como, por ejemplo, en caso de muerte. Cuando existe un impedimento y éste cesa, v.g., interdicción, ausencia, suspensión de la patria potestad, el marido reasumirá su posición anterior.

En caso de haber desquite, en nada altera las relaciones de los padres para con los hijos, solamente en cuanto al derecho de quedar los hijos en compañía de sus progenitores, según determina el art. 381. La patria potestad la tiene el marido, y en su defecto, como ya señalamos, pasa a la mujer. Como el desquite disuelve la sociedad conyugal, el hijo quedará con el cónyuge inocente o en compañía de aquel que por derecho corresponda (39). Realmente, que-

(39) Dice el art. 326: "Siendo el desquite judicial, quedarán los hijos menores con el cónyuge inocente". Párrafo 1º: "Si ambos fueren culpables, la madre tendrá el derecho de conservar en su compañía a las hijas mientras sean menores y a los hijos, hasta la edad de seis años". Párrafo 2º: "Los hijos mayores de seis años serán entregados a la guarda del padre". Y en el art. 327: "Habiendo motivos graves, podrá el juez, en cualquier caso, en bien de los hijos, regular de manera diferente de la establecida en los artículos anteriores, la situación de ellos para con los padres". Párrafo único -

da desecha la sociedad conyugal, pero no los lazos que unían a los padres con los hijos, pues estos subsisten íntegros, y de esta manera los hijos menores continuarán teniendo la debida protección y cuidado, incluso el derecho a los alimentos.

Conviene afirmar el principio por el cual la patria potestad es siempre del padre, y en su ausencia o impedimento pasa a la madre. Así, en el casamiento nulo, sus efectos serán válidos para el cónyuge inocente, el de buena fe, y, como es obvio, beneficiará también a los hijos, que son resultado de una unión para la cual en nada concurrieron. En esta hipótesis, ¿a quién corresponderá la patria potestad, si ambos fueren declarados de buena fe?. Al padre, y en su defecto, a la madre. Ahora bien, si solamente uno de los cónyuges es declarado de buena fe, a ésta corresponderá la patria potestad. El párrafo único, del art. 221, es bien claro en este punto: "Si uno de los cónyuges estaba de buena fe, al celebrarse el casamiento, sus efectos civiles sólo a ese y a los hijos aprovecharán". Así, sea cual sea el

---

.... co: "Si todos los hijos quedan con un solo cónyuge, fijará el juez la contribución con que, para el sustento de ellos, haya de contribuir el otro".

cónyuge, la patria potestad quedará con él, y muchas de las veces éste cónyuge es la madre.

Ya hablamos del desquite judicial y sobre el casamiento putativo. Vamos a ver otra hipótesis. En el desquite amigable, se opera la disolución de la sociedad conyugal y con respecto a los hijos se hará lo que ha quedado convenido entre los cónyuges para su guarda y protección (art. 325).

En el casamiento anulado se observará, en relación a los hijos, lo que estipulan los arts. 326 y 327, que han sido transcritos en la nota 39, que preve la hipótesis de que los hijos queden con el padre o la madre, o en su caso, con quien establezca el juez, cuando es necesaria su intervención.

La madre que queda viuda retiene la patria potestad de sus hijos; no obstante, al contraer nuevas nupcias, la pierde. En el caso de enviudar de nuevo, recupera la patria potestad antes perdida (art. 393). La mujer no pierde el derecho de tener en su compañía, casándose otra vez, los hijos del matrimonio anterior, y sólo le serán retirados cuando haya motivos suficientes para esta medida, debidamente apreciados por el juez.

Como ya tuvimos ocasión de ver, en la adopción, la patria potestad se transfiere del padre natural al adoptivo.

Nos falta, para completar este suscinto y ligero - bosquejo de la patria potestad, mencionar las causas de su extinción que están consignadas en el art. 392, y son: I, la muerte de los padres o de los hijos; II, la emancipación ; III, la mayoría, y finalmente, IV, la adopción.

#### ALIMENTOS EN LA PATRIA POTESTAD

43. En la patria potestad distinguimos dos clases de - relaciones: personales y patrimoniales. En la última se - encuentra la materia que no interesa.

En la sociedad conyugal, entre los deberes que impone a los progenitores, se encuentra el de sustento, guarda y educación de los hijos, determinado por el art. 231 , nº IV. Por otro lado, el art. 384, nº I, reafirma idéntico principio al referirse a la patria potestad en relación a los hijos, mencionando que compete a los padres su crianza y educación. El Código Civil español habla expresamente sobre los alimentos en la patria potestad en el art. 155 nº I.

Como el marido es el jefe de la sociedad conyugal, a él primeramente incumbe el deber o la obligación de mantener la familia (art. 233, nº V), cabiendo a la mujer só-



lamente un aspecto secundario, cuando éste tiene recursos . El deber de alimentos por parte del marido, en relación a su esposa, como por parte del padre, en relación al hijo, es imperioso, absoluto, no pudiendo declinarse por razones que tendrían acogida con referencia a los otros parientes , debido a su carácter especial (40).

El titular de la patria potestad tiene sobre sí, en primer plano, la obligación de proveer al sustento de los hijos; para su consorte esta obligación, aunque también le incumba, es subsidiaria y sólo surge cuando tenga medios para ello (41).

Al marido se le conceden una gran cantidad de poderes, prevaleciendo la voluntad paterna, por ejemplo, cuando

---

(40) "La obligación de los padres de alimentar a sus hijos no emancipados -dice Beltran de Heredia, cit., pág. 17- no es en sentido estricto una obligación legal de prestar alimentos, sino un efecto personal de la patria potestad, que por otra parte, tampoco es un efecto único de éste sino que forma parte junto con la representación y la convivencia del contenido de la patria potestad".

(41) "La deuda pesa no solamente sobre el cónyuge que tiene la patria potestad sino sobre los dos progenitores; conjuntamente y no solidariamente", expresa Jossierand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 270.

se mantiene la sociedad conyugal, en la determinación del casamiento de los hijos menores de 21 años (art. 186), o en la administración de los bienes de los hijos (art. 385). Justo y natural es que quien tiene tantos poderes tenga - por otra parte mayores deberes; el derecho es equitativo, y la regla bastante conocida de que a cada derecho corresponde un deber, no debe ser olvidada.

No está la figura de la madre completamente obscurecida; por el contrario, a ella están reservados innúmeros deberes en el campo de las relaciones patrimoniales y también personales. El art. 231, nº III, se refiere a la mutua asistencia que tienen los cónyuges mientras dure el matrimonio, y a la par de ésto, la mujer está siempre vocada a substituir el lugar del padre cuando sea necesario.

Deriva el precepto de la patria potestad de la filiación; el simple hecho del matrimonio trae, como consecuencia, para los esposos los diversos deberes de bien - criar a los hijos, dándoles alimentos, educación y sustento. Lo mismo se predica con referencia a la patria potestad procedente del parentesco civil, esto es, de la adopción.

Fuera de la patria potestad, incumbe también a los padres la obligación de alimentos (art. 397), teniéndose en cuenta, en este caso, las reglas determinadas en el ing

titulos de los alimentos. Esta obligación podrá ser reclamada judicialmente, medida que alcanza también a los hijos menores, cuando el detentador de la patria potestad no cumple con su obligación.

Hay señaladas en la ley diversas causas de extinción y también de suspensión de la patria potestad, en los arts. 392 a 395. En la minoría del hijo los padres deben alimentos, y lo mismo pasa cuando cesa o se suspende la patria potestad; la obligación alimenticia continúa intacta. El Decreto nº 17.943-A, de 21 de octubre de 1927 (Código de Menores), declara también que será suspendida la patria potestad del padre o de la madre que pusiese en peligro la salud del hijo por malos tratos o privación de alimentos o no le diere los cuidados necesarios. El art. 41 especifica - que el juez o Tribunal cuando decide la suspensión o pérdida de la patria potestad deberá fijar una pensión debida - por el padre o la madre o por la persona obligada a la prestación de alimentos.

Subsiste la obligación alimenticia incluso en los - casos de disolución del matrimonio, por desquite o anula-ción, cabiendo al cónyuge que queda con los hijos, recibir una pensión para mantenimiento de aquellos.

La obligación de los padres de alimentar a sus hi - jos está siempre presente. En la minoría, centralizada en

la figura del padre, y en su defecto, de la madre, la patria potestad determina una obligación unilateral, no sujeta al principio de la reciprocidad; su comienzo se verifica desde el momento en que empieza a ser ejercida la patria potestad y se extingue cuando llega a la mayoría, o en caso de emancipación del hijo. Desde ese momento, entra en vigor el instituto de los alimentos entre parientes, con sus reglas propias.

La materia de los alimentos posee calidades peculiares en la patria potestad; un tratamiento especial, cuyo objetivo es proporcionar al menor todas las garantías para su más perfecto desenvolvimiento.

#### VENTA DE BIENES DEL HIJO

44. ¿Habrá posibilidad de que el titular de la patria potestad consiga alimentos del hijo menor?. Creemos que sí, - aunque tal hipótesis sea excepcional. No hay ninguna paradoja en esta afirmación con la que hicimos líneas antes, al declarar que la obligación de alimentar derivada de la patria potestad era unilateral. La petición del titular tendría como base la relación de parentesco "jure sanguinis", por la cual es perfectamente viable el caso presente.

Decimos que se trata de una hipótesis excepcional,

pues el padre y, en su defecto, la madre tienen la administración de los bienes de los hijos, además de ser inherentes a la patria potestad el usufructo de los bienes de los hijos (arts. 385 y 389), exceptuándose los casos previstos en ley. Conviene señalar que el viudo o viuda con hijos - del cónyuge fallecido, deseando casarse otra vez, está obligado a hacer el inventario de los bienes del matrimonio y dar a los herederos su parte, pues en caso contrario perderá el derecho al usufructo de los bienes de los mismos - (art. 225).

Con la exclusión de los bienes de los hijos determinados en la ley, los padres tendrán su administración. - Puede suceder que el titular de la patria potestad esté en necesidad, por razones varias, como enfermedad o imposibilidad de trabajar, y el hijo posea bienes improductivos. - Con la enajenación de aquellos bienes, o hipotecándolos, - el titular de la patria potestad vencería la situación, beneficiándose no solamente él mismo sino también el hijo - que de él depende.

Obsérvese, no obstante, que para la realización de esto (enajenar, hipotecar o gravar el bien con carga real), es necesaria la supervisión del juez y que exista interés de auxiliar al menor, incluso indirectamente. El art. -

386 permite solamente la simple administración (42) de los padres con relación a los bienes de los hijos, bajo su patria potestad, pero abre una excepción, cuando tal se verifique "por necesidad o evidente utilidad de la prole, mediante previa autorización del juez".

Cuando haya colisión de intereses del padre con los hijos menores sujetos a la patria potestad, el juez nombrará un "curador especial", a petición del hijo o del Ministerio Público (art. 387). Para la venta de los bienes de los hijos no es necesaria la formalidad de subasta pública, pero no se prescindirá de una evaluación judicial.

Así, existe la posibilidad de que el titular de la patria potestad pueda dar alimentos a su hijo menor. Una vez hecha la enajenación de bienes, la suma obtenida no debe ser entregada totalmente al titular, sino parcial

---

(42) "Por poderes de simple administración, se entiende los actos concernientes a la buena conservación y explotación de los bienes, como los arreglos, el pago de impuestos, la defensa judicial y la enajenación de muebles destinados a este fin. Los actos de enajenación o las obligaciones contraídas que no sean consecuencia directa de la gestión de los bienes, la renuncia de herencia o de cualquier derecho, exceden los límites de la simple administración", es clarece Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 286, en el comentario del art. 386.

mente, según entienda la autoridad judicial, que dispondrá la manera de atenderse mejor los intereses de los padres y también del menor, pudiendo determinar la entrega de una sola vez de los alimentos calculados por el espacio de un año, y admitiendo otra parte después del rendimiento de cuentas. Todavía, el juez tiene plena libertad en su determinación, pudiendo encontrar otra fórmula que se adapte mejor a la situación que se le presenta.

#### DELEGACION DE LA PATRIA POTESAD

45. ¿Puede ser delegada la patria potestad?. Sí; el art. 46 del Código de Menores (Dec. nº 17.943-A, de 21 - de octubre de 1927) estipula que "cuando las asociaciones o institutos regularmente autorizados o particulares, en el uso y goce de sus derechos civiles, tuvieran aceptado el encargo de menores de 18 años, que les hayan sido confiados por los padres, madres o tutores, el juez o Tribunal del domicilio de estos puede, a requerimiento de las partes interesadas y de común acuerdo, decidir que en beneficio del menor sean delegados los derechos de la pa-tria potestad y entregar el ejercicio de esos derechos a la administración del establecimiento o al particular - guarda del menor".

De esta manera, delegada la patria potestad, la institución o asociación tendrá sus derechos y deberes, entre los cuales, la obligación de alimentar se halla,-- en primer plano. Todavía, no se exime totalmente al antiguo titular de la patria potestad, siendo su obligación subsidiaria. Para la prestación de alimentos, quedará - además de ésta, la obligación derivada del parentesco.

-----ooOoo-----



### C A P I T U L O    I I I

#### ME NORES: TUTELA

SUMARIO: 46. TUTELA: ¿QUE ES? - 47. OBLIGACIONES DEL TU  
TOR; ALIMENTOS AL PUPILO. - 48. PERSONA ENCAR-  
GADA DE LA GUARDA DEL MENOR.

### TUTELA - ¿QUE ES?

46. Por tutela se entiende el poder conferido a alguien, en virtud de la Ley o según sus disposiciones para administrar los bienes, proteger y dirigir la persona del menor que se encuentra fuera de la acción de la patria potestad.

Se llama tutor a aquel que ejerce la tutela, esto es, el que cuida de la persona y bienes del menor - (43). El instituto sustituye la patria potestad cuando ésta deja de existir, ya porque fallecieron los padres del menor, o ya porque fueron declarados incapaces o se encuentran ausentes. La ley procura rodear al menor de los cuidados necesarios a su edad, amparándole y protegiéndole.

La administración del tutor está limitada por la autoridad del juez, ya que su poder está circunscrito a una esfera determinada. La función del juez es permanente; el tutor solamente puede practicar algunos actos,

---

(43) El antiguo Derecho portugués denominaba a este instituto "guarda" y "guardadores" correspondía a lo - que llamamos tutores.

otros le están formalmente prohibidos y hay otros aún - que no podrá practicar por su propia decisión sino con una decisión suplementaria del juez. Hay, por consiguiente, además del poder que tiene el tutor, otro poder en la persona del juez, que podríamos llamar poder judicial orfanológico.

Conviene observar que las funciones orfanológicas en rigor, no son funciones jurisdiccionales, pues se alejan mucho de las funciones específicas del juez, de conocer las demandas y aplicar la ley correspondiente. Verdaderamente son funciones administrativas, en las cuales el juez completa simplemente la función del tutor, autorizándole a la práctica de determinados actos, fiscalizándole, tomándole cuentas, destituyéndole o nombrándole un sustituto. Sin ninguna exageración podemos calificar, teniendo a la vista todas estas funciones que completan la del tutor, con el mismo objetivo de protección al menor, de un poder familiar.

Hay tres tipos de tutela. Testamentaria, o por acto de última voluntad, es aquella hecha por el padre o por la madre o aún, a falta de éstos, por los abuelos, siguiendo el orden establecido en la Ley (art. 407). Para deferir la tutela, deberá la persona tener la patria

potestad; el nombramiento de tutor en el testamento o -  
en un documento auténtico, no depende de la homologa -  
ción judicial. El juez, tiene derecho y deber de com -  
probar si todo está en orden, y tomará las medidas que  
el caso requiera, habiendo alguna incorrección.

Tutela legítima es la que tiene lugar cuando es  
deferida por la ley a los parientes consanguíneos del -  
menor, a falta de disposición testamentaria, siguiendo  
el orden establecido. Los abuelos, el materno siguien -  
do al paterno, se colocan en primer lugar; después de -  
estos, las abuelas, por el mismo orden. En cuanto a -  
los otros parientes, son preferidos los más próximos y  
que presenten mejor idoneidad. Así, los hermanos bila -  
terales a los unilaterales, el sexo masculino al femeni -  
no y los más viejos a los más jóvenes. A falta de es -  
tos, los tios, teniendo preferencia también los más vie -  
jos y el sexo masculino (art. 409).

Por fin, tenemos la tutela dativa (44) que es -

- 
- (44) La tutela dativa ha surgido en el siglo II A.C. -  
por la Lex Attilia, que permitía al pretor nombrar  
un tutor de su libre elección, con la aprobación -  
de la mayoría del tribunal de la plebe, siempre -  
que no hubiese tutor legítimo ni testamentario. La  
expresión de "tutor dativo" proviene de ahí, pues  
en este caso, decíase que el pretor debía "dar" -  
el tutor.

la determinada por el juez a falta de las dos anteriores. Puede también verificarse la tutela dativa cuando los tutores, legítimos o testamentarios, son excluidos o se excusan, o son removidos por falta de idoneidad.

OBLIGACIONES DEL TUTOR - ALIMENTOS AL PUPILO

47. Sustituyendo las personas de los padres, la tutela es un encargo público que la sociedad reclama para la buena defensa y protección del menor y de sus intereses, siendo, como es, la responsable por los incapaces.

Estan bajo tutela: a) los hijos legítimos huérfa nos de padre y madre; b) los hijos legítimos, huérfanos de padre, cuando la madre contraiga segundas nupcias; c) hijos de familia cuyos padres no puedan ejercer la pa - tria potestad por causas diversas (incapacidad moral o - ausencia), d) los expósitos o abandonados y los ilegíti - mos, no reconocidos huérfanos de madre.

A los abandonados el juez nombrará un tutor que los encaminará a establecimientos destinados a este fin. En caso de no haber dichos establecimientos, los menores quedarán bajo la tutela de personas que se encargarán de criarlos, voluntaria y gratuitamente.

La ley establece los casos en que no se podrá ejercer la tutela, quién puede excusarse, determinando la garantía que debe dar el tutor, el rendimiento de cuentas y las circunstancias que hacen cesar este instituto.

Vamos a deternos un poco en las obligaciones del tutor, pues ahí está la materia que más nos interesa; en su ámbito se encuentra el deber de alimentos.

Sin duda alguna, la más relevante obligación del tutor es la de sustentar y educar al huérfano. Este deber será cumplido con el máximo esfuerzo, basado en los principios de la Moral, de la sana conciencia y del Derecho, desempeño que es auxiliado y fiscalizado por el juez, en sus funciones orfanológicas. No se debe olvidar que el tutor representa al padre o a la madre del menor, y así debe darle, en la medida de lo posible, una crianza y educación ejemplares, cuidándole y administrándole sus bienes como un buen padre de familia.

La crianza del menor puede, con la anuencia del juez, ser hecha en el hogar de sus parientes próximos, o incluso, en casa de extraños. El tutor decide cómo quedará mejor, respaldado siempre por la autoridad del juez. Lo mismo se podrá decir de la educación intelectual y profesional, que será compatible con la calidad y dotes del

menor. Sin embargo, las primeras letras no deben ser negadas a los huérfanos de cualquier condición.

Los huérfanos serán educados y alimentados con sus propios recursos. Cabe al juez determinar el "quantum" para sus necesidades, sacado de sus rendimientos, cuando el padre no lo ha establecido en el testamento. Con recursos del pupilo, la obligación del tutor no ofrece dificultades, pues sus gastos son todos pagados, presentando el tutor, en la época reglamentaria de dos años, o cuando el juez determinase, el rendimiento de cuentas. Si el padre o la madre han determinado la suma que será suministrada al menor, ésta podrá sufrir una revisión, con el consentimiento del juez, la cual es característica de la obligación alimenticia.

Cuando el menor no tiene bienes, al tutor cabe la posibilidad de pedir alimentos a los parientes de su pupilo. No pudiendo conseguir los alimentos de éstos, o no existiendo en los grados establecidos en la ley para atender a este fin o por no serle posible económicamente, el tutor puede tomar la iniciativa de internar el menor en un establecimiento de educación gratuita, o incluso profesional. No siendo posible conseguir alimentos de los parientes, el tutor podrá proveer el aprendizaje de un oficio para el menor u obtener un trabajo que sea compati-

ble con la edad del pupilo, sus tendencias y constituciones, siempre, no está demás señalar, bajo la orientación del juez. El tutor podrá ser reembolsado de los gastos - que legalmente le ha causado el menor y hasta obtener una gratificación, que no siendo fijada por los padres, puede ser arbitrada por el juez.

Mientras no sea posible una colocación para el menor, corresponde al tutor alimentarlo, pues es uno de sus deberes suplir las necesidades que haya, según las circunstancias de cada caso en particular.

El Código de Menores preve ciertas situaciones en relación al trabajo que puede ser realizado por aquellos. Así, no se permite el trabajo a los menores de 12 años de edad (art. 101); todavía, hace una excepción en el caso - de que el menor ya haya cursado las primeras letras (art. 103, párrafo 3º); no se pueden ocupar menores de 14 años de edad que no hayan completado la instrucción de las primeras letras, salvo con autorización del órgano competente cuando es considerado indispensable para la propia subsistencia o de sus padres y hermanos, recibiendo, todavía, la instrucción escolar posible (art. 102). No se permite a los menores trabajar en fábricas, astilleros, minas o cualquier trabajo subterráneo, canteras, talleres y sus



dependencias (art. 103). No obstante, cuando se trata de establecimientos en que son empleados solamente los miembros de la familia, bajo la autoridad del padre, de la madre o del tutor, está permitido el trabajo (art. 103, párrafo 2º). A los menores de 18 años de edad no les están permitidos trabajos peligrosos para la vida, para la moralidad, excesivamente fatigantes o que sobrepasen sus fuerzas (art. 104). Sería demasiado hacer referencia a todos los casos; en suma, la legislación ha previsto los casos de trabajo del menor teniendo a la vista su edad, su salud, su moral y su seguridad.

Faltando al deber de la tutela, el tutor es destituido. Dice el art. 445: "Será destituido el tutor cuando sea negligente, prevaricador o incurra en incapacidad". Su destitución podrá ser decretada ex-officio o ser pedida por el Ministerio Público o por cualquier pariente interesado. Siendo el tutor un pariente en quien concorra la obligación alimenticia o el pariente que ha pedido la destitución, no cesa la obligación de alimentos, pues ella continúa basada en la obligación de pariente.

Una vez iniciada la remoción de la tutela, el juez o Tribunal puede tomar las medidas provisionales que hallare convenientes para la guarda de los menores hasta la

decisión definitiva (art. 42. del Código de Menores).

La sentencia que remueva al tutor, nombrará otro, y aquel será intimado para el rendimiento de cuentas - (art. 605 del Código de Procedimiento Civil).

#### PERSONA ENCARGADA DE LA GUARDA DEL MENOR

48. No poseyendo el menor bienes, será recogido en un establecimiento especializado en el género. Puede - también ser amparado, educado y alimentado por personas que voluntaria y gratuitamente se ofrezcan para ésto.

El Código de Menores, en su art. 27, denomina a estas personas "encargadas de la guarda" del menor. Es necesario, naturalmente, que el menor sea huérfano y - también que no tenga tutor. El menor que vive bajo la guarda de una persona no es considerada abandonado (art. 26 nº II, del Código de Menores).

No tienen estas personas, las encargadas de la guarda del menor, los mismos deberes que el tutor, pero una vez asumida la obligación de tener consigo al menor, deben cuidarle tan bien como si fuese su propio hijo, ya que es una obligación voluntaria y graciosa. Pueden sin embargo, desistir de la guarda del menor, no aca -

- 210 -

rreándoles esta actitud, ninguna sanción. Por otra parte, podrá el juez destituirlos cuando no estén dando el debido amparo al menor.

---ooOoo---

## C A P I T U L O   I V

### MENORES:   ABANDONADOS

SUMARIO: 49. MENORES ABANDONADOS. - 50. PERDIDA DE LA -  
PATRIA POTESTAD DEBIDO AL ABANDONO DEL MENOR.-  
51. CLASES DE MENORES ABANDONADOS. - 52. ALI -  
MENTOS A LOS MENORES ABANDONADOS. FIJACION Y -  
PROCESO

MENORES ABANDONADOS

49. El art. 26 del Código de Menores, Dec. nº 17.943-A de 21 de octubre de 1927, enumera una serie de causas y circunstancias por las cuales el menor es considerado abandonado.

Vamos a transcribir el art. 26: "Se consideran abandonados los menores de 18 años: I) - que no tengan habitación cierta ni medios de subsistencia, por estar sus padres muertos o desaparecidos o ser desconocidos, o por no tener tutor o persona bajo cuya guarda vivan; - II) - que se encuentren eventualmente sin habitación cierta, ni medios de subsistencia, debido a la indigencia, enfermedad, ausencia o prisión de los padres, tutor o persona encargada de su guarda; III) - que tengan padre, madre o tutor o encargado de su guarda reconocidamente imposibilitada o incapaz de cumplir sus deberes para con el hijo o pupilo o protegido; IV) - que vivan en compañía de padre, madre, tutor o persona que se entregue a la práctica de actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres; V) - que se encuentren en estado de habitual vagancia, mendicidad o libertinaje; VI) - que

frecuentes lugares de juego o de moralidad dudosa, o tengan por compañía gente viciosa o de mala vida; VII) - que, debido a la crueldad, abuso de autoridad, negligencia o explotación de los padres, tutor o encargado de su guarda sean: a) víctimas de malos tratos físicos habituales o castigos inmoderados; b) privados habitualmente de los alimentos y de los cuidados indispensables a la salud; c) empleados en ocupaciones prohibidas o manifiestamente contrarias a la moral y a las buenas costumbres, o que les pongan en riesgo la vida o la salud; d) excitados habitualmente al robo, mendicidad o libertinaje; VIII) - que tengan padre, madre o tutor, o persona encargada de su guarda, condenado por sentencia irrecurrible: a) a más de dos años de prisión por cualquier crimen; b) a cualquier pena como co-autor, cómplice, encubridor de un crimen cometido por el hijo, pupilo o menor bajo su guarda, o por crimen contra estos".

Podemos observar, por el enunciado, dos formas de abandono: moral y material. En los tres primeros casos, el menor es víctima de la fatalidad, configurándose el abandono moral y material involuntario por parte de aquellos que le debían dar la asistencia. En los otros casos previstos, el menor se encuentra abandonado moral y materialmente, o en estas dos formas de una sola vez. Las per

sonas bajo cuya responsabilidad está el menor, faltando al cumplimiento de sus deberes, ocasionan serios perjuicios - en la formación del menor. Un caso de abandono material - que se presenta de vez en cuando es aquel en que el padre y la madre, teniendo que trabajar fuera de casa, encierran al hijo en la habitación, con una alimentación deficiente, y regresando a la casa por la noche.

#### PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DEBIDA AL ABANDONO

##### DEL MENOR

50. El Código Civil, en su art. 395, determina que perderá la patria potestad el padre o la madre, por acto judicial, cuando castigue inmoderadamente al hijo, le deje - en abandono o cuando practique actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. El art. 32 del Código de Menores también trata de la misma materia, haciendo referencia al Código Civil. No obstante, el Código de Menores establece una relación más completa, para la cual se debe siempre acudir cuando se tratare de menor abandonado.

### CLASES DE MENORES ABANDONADOS

51. El Código de Menores ha previsto diversas clases de menores abandonados. Encontramos los "vagos", los que aunque tengan donde vivir, se muestren refractarios a recibir instrucción o dedicarse a un trabajo serio, dejando sin causa legítima, la casa de sus padres o tutores o personas a quien se hallaban confiados, para caminar sin destino por lugares públicos, habitualmente. Es también considerado así aquel que no tiene domicilio o alguien que vele por él, y son encontrados habitualmente en los sitios públicos, sin que tengan medio de vida regular u obtengan recursos de ocupación inmoral o prohibida (art.28).

Los que habitualmente piden limosna para sí o para otros, aunque estos sean sus padres, son considerados "mendigos". Se incluyen en esta clase los que piden donativos bajo el pretexto de venta u ofrecimiento de objetos (art. 29).

"Libertinos" son aquellos que viven en la obscenidad, practicando actos reprobados por la Moral y frecuentando casas de prostitución (art. 30).

Siempre que haya noticia de un menor abandonado, la autoridad determinará su aprehensión, tomando la ini -



ciativa en el sentido de su guarda, educación y vigilancia según su edad, instrucción, profesión, salud, abandono o perversión y la situación social, moral y económica de sus responsables, encaminándole de la mejor manera posible, o la guarda por sus responsables, con o sin condición, o el internamiento en un establecimiento especializado. Una vez recogido el menor, si dentro de 30 días nadie lo reclamase, será declarado abandonado, dándole el juez el destino conveniente; todavía, en cualquier tiempo que fuera reclamado, el menor podrá ser restituido desde que los responsables presenten razones, que al criterio de la autoridad, sean justas.

#### ALIMENTOS A LOS MENORES ABANDONADOS. FIJACION Y PROCESO

52. Los menores tienen personas que cuidan de ellos y éstas, como es claro, les deben alimentos. Contra estas personas será promovida la respectiva acción de alimentos cuando la autoridad competente considerare como abandonado el menor.

La acción será iniciada por el representante judicial del incapaz, o a falta de éste, por el "curador a li de" (art. 80, párrafo 1º del Código de Procedimiento Ci -

vil). La intervención del Ministerio Público es siempre obligatoria cuando hay intereses de incapaces (art. 80, párrafo 2º, del Código de Procedimiento Civil). En el Distrito Federal ha sido creado el Juicio de Menores para asistencia, protección, defensa, proceso y juicio de menores abandonados y delincuentes que tengan menos de dieciocho años (art. 146 del Código de Menores).

Cuando comete un crimen o contravención, o cuando el menor es encontrado abandonado, según el Código de Menores, debe ser encaminado al Juez de Menores, debiendo detenerle toda autoridad policial o administrativa, o pudiendo hacerlo, cualquier persona (art. 157, del Código de Menores). La existencia de un menor abandonado puede hacerse llegar al conocimiento del Juez por cualquier medio de comunicación (art. 158, del Código de Menores).

El proceso para comprobación del estado de abandono del menor tiene rito especial -es sumarísimo-, establecido por el Código de Menores (art. 161), y conforme a la naturaleza y circunstancias del abandono podrá ser simplemente administrativo (art. 161, párrafo 7º). Podrá el juez decretar en el mismo proceso de abandono, la suspensión, pérdida o destitución de la patria potestad o tutela, según el caso (art. 162, del Código de Menores). Determinará en el mismo proceso la fijación de la cuantía -

de la obligación alimenticia por parte de los padres o personas obligadas a prestarla (art. 41 del Código de Menores).

El cobro de la pensión será hecho ex-officio, obediendo a las formas estipuladas en el instituto de los alimentos, esto es, atendiendo a las necesidades del reclamante y a los recursos de la persona obligada. El proceso se regula en el art. 685 del Código de Procedimiento Civil (45). Cumplido el plazo, el Juez, después de oír al Ministerio Público, fijará la cuantía de la obligación alimenticia.

Cabe en el presente caso, la aplicación de la Ley 968, de 10 de diciembre de 1939, que se refiere a la au-diencia obligatoria de acuerdo en causas de acción de alimentos, concretamente el art. 2º.

En el Distrito Federal, cuando se trata de meno-res abandonados, la competencia para la acción de alimen-tos se verifica en la "Vara de Menores". Si, la acción de alimentos no se refiere a menores abandonados, la com-petencia es de la "Vara de Familia".

---

(45) Dice el art. 685, del Código de Procedimiento Civil: "Despachada la petición, hechas las citaciones nece-sarias y, en el plazo de 48 (cuarenta y ocho) horas, contestada o no la petición, el juez procede a una instrucción sumaria, facultando a las partes para la producción de pruebas, dentro de tres días, y deci-diendo, en seguida, de acuerdo con su libre convencimiento". Párrafo único: "La facultad de libre convencimiento no exime al juez del deber de motivar la decisión, indicando las pruebas y las razones en que se fundase".

TITULO TERCERO

ALIMENTOS EN EL MATRIMONIO

## C A P I T U L O     I

### ALIMENTOS MIENTRAS DURE EL MATRIMONIO

SUMARIO: 53. ASISTENCIA MUTUA. - 54. COHABITACION: ¿CABE ALIMENTOS? - 55. AL MARIDO INCUMBE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS Y SUBSIDIARIAMENTE A LA MUJER. - 56. MATRIMONIO PUTATIVO.

### MUTUA ASISTENCIA

53. La sociedad tiene sus bases en la familia; ésta, a su vez, se apoya en el casamiento legítimo. El Derecho ha trazado normas que amparan y fortalecen la unión conyugal, con una serie de preceptos obligatorios para los cónyuges y también de derechos para los mismos.

El matrimonio está regulado en leyes y códigos vigentes, en los diferentes países, que determinan obligaciones recíprocas (mutua asistencia) y auxilio entre los cónyuges, cuya expresión fundamental se verifica con relación a los alimentos (1).

Debido a la gran importancia de la familia, o más concretamente, del casamiento, todos los códigos se han preocupado de dedicar a él artículos en que procuran dar la mayor seguridad y protección a aquellos elementos que lo integran.

La ayuda recíproca es inherente a la nueva sociedad que nace con el matrimonio. Esta obligación recíproca entre los cónyuges hace que se desarrollen con más

---

(1) Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 69.

fuerza los lazos de una unión que tiene por finalidad -  
la procreación.

El deber de mutua asistencia, que el Código -  
francés llama de deber de socorro (art. 212), es, como  
bien han dicho Planiol y Ripert (2), una aplicación es-  
pecial de la obligación alimenticia. La mutua asisten-  
cia debe ser entendida en un sentido amplio; comprende  
el auxilio en todas las ocasiones, los cuidados persona-  
les en la enfermedad, el apoyo en la adversidad y la a-  
sistencia a la familia.

"La obligación de socorro y de la asistencia -  
-dice Giorgio Bo (3)- se manifiesta en el ámbito de la  
familia como la expresión jurídica de la aequitas, de -  
la pietas, de la naturalis ratio, de la caritas sangui-  
nis, en suma, de la solidaridad que nace de la comunión  
de la sangre, del nombre, del afecto".

Nuestro Código ha destacado entre las obligacio-  
nes recíprocas de los cónyuges, la mutua asistencia -  
(ar. 231, III). La dirección y mando de la sociedad -  
conyugal queda en el marido, que con esto tiene mayor -

---

(2) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 259.

(3) Giorgio Bo, "Il diritto degli alimenti", vol. I, -  
Milano, 1935, pág. 9

responsabilidad, la cual es asumida al contraer matrimonio. Debe esforzarse lo más que pueda en mantener en un nivel de comodidad la vida de la mujer y de sus hijos. - Como jefe, compete al marido proveer a la manutención de la familia (art. 233, V.). En este aspecto, el papel de la mujer es subsidiario.

Las palabras de Clovis Bevilaqua (4) al comentar el art. 233 son de una claridad meridiana, pues centra - la figura del consorte femenino, en la ayuda que debe - dar al matrimonio en los diferentes aspectos de los regímenes de bienes. Así se manifestó: "Si la mujer aporta bienes al matrimonio, es natural que esos bienes sean útiles a la sociedad doméstica, cualquiera que sea el régimen adoptado, porque el casamiento es comunión de intereses, y la familia es una unidad bio-social. En el régimen común, los bienes se asocian como las personas; en el régimen dotal hay una porción de bienes cuya función es coadyuvar al marido en el sustento de las cargas de - la familia; en el régimen de separación la mujer está obligada a contribuir con el rendimiento de sus bienes a los gastos de la casa (art. 277). De modo que el deber de sostener la carga del matrimonio recae, directa y - principalmente, sobre el hombre, pero la mujer, teniendo

---

(4) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 91



bienes, le auxilia en esta tarea".

COHABITACION. ¿CABE ACCION DE ALIMENTOS?

54. Además de la mutua asistencia, de que hablamos, la fidelidad recíproca, el sustento, guarda y educación de los hijos, preve el Código Civil la vida en común en el domicilio conyugal (art. 231, II), o en otras palabras, la cohabitación.

Aunque sea el deber de cohabitación fundamental, no debe ser entendido con mucha rigidez. Hay casos en que, por profesión del marido, debe él ausentarse del hogar y esto en nada contraría el principio. La separación transitoria, cuando hay motivo justo, no disminuye la afectividad, el interés mutuo, por el contrario, viene a estrechar más los lazos de amistad y cariño del matrimonio, pues estas salidas tienen un único objetivo, que es el bienestar de la familia. Además, la mujer puede apartarse del hogar para tratamiento de su salud, por consejo médico, en una ciudad donde el clima sea más favorable a la recuperación de una enfermedad, y el marido no debe declinar su consentimiento en tal caso.

La manutención de la familia cabe al marido como jefe de la familia, y solamente en plan secundario a

la mujer, cuando ésta tenga bienes para sufragar los gastos del hogar.

¿Cabría una acción de alimentos contra el marido , cuando los cónyuges viven bajo el mismo techo?. La doctrina francesa acentuaba que cuando un marido no contribuía a los gastos de la casa, la mujer no tenía otra alternativa sino la separación de cuerpos o solamente la separación de hecho. Con la promulgación de la Ley de 13 de julio de 1907, el panorama se ha modificado; permite la referida Ley que cada uno de los cónyuges puede obtener una especie de embargo sobre el salario o productos del trabajo del otro cónyuge, en la cantidad que exijan las necesidades de la casa (art. 7º) (5). Planiol y Ripert (6) añaden que la citada Ley se refería no solamente a la obligación de socorro entre los esposos, sino también a la obligación de los padres de proporcionar todo lo que sea necesario a sus hijos.

Con una decisión de esta naturaleza, obtenida por la mujer, el marido se encuentra en una situación nada a-

---

(5) Vease Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 260 y sgts.; Colin y Capitant, ob. cit., tomo I, págs. - 748/749; Josserand, ob. cit., tomo I., vol. II, págs. 323/324.

(6) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 263.

gradable, pues sus prerrogativas de jefe de familia ya no poseen toda la plenitud, manteniéndose así hasta el momento en que cese la orden del juez.

En el derecho brasileño no hay este tipo de sanción. El jefe de la familia tiene, en cualquier tiempo todos los poderes inherentes a su estado. Dentro de nuestra concepción, el Derecho no interviene de una manera general, en el ámbito de la sociedad conyugal, trazando solamente normas generales que obedecen a un patrón de seguridad y felicidad de la familia (7).

Una intervención judicial de esta calidad en el seno de la familia, acarrearía inexorablemente serios conflictos, de resultados imprevisibles. Viviendo bajo el mismo techo, aún existe algún sentimiento que une a los consortes y no es del todo irremediable la situación. Con la presencia de la mujer y de los hijos, el hombre se puede enmendar y todo volver a situación normal.

Pero, entonces, ¿no hay solución para el caso?.

---

(7) El Código Civil peruano, establece en su art. 166: "Cuando el marido no cumple el deber que le impone el art. 164 (suministrar el sustento a la mujer y a la familia) el juez podrá ordenar a los deudores del marido y de la sociedad conyugal que hagan sus pagos a la mujer".

El marido puede desatender a sus obligaciones como jefe de la familia -no todos tienen una formación moral capaz de condenar esta actitud- no dando la debida asistencia en casa, y con esto perjudicar a aquella que ha elegido, por esposa y a los hijos de esta unión. No todos los hombres tienen la verdadera conciencia de sus deberes como pilar de la familia, gastando su salario o producto de su trabajo en juegos y una vida licenciosa, dejando a la mujer e hijos pasando necesidad.

Sin embargo, hay solución para el caso. No se admite una acción de alimentos mientras permanezca la vida en común de los cónyuges (8). "Por de pronto -señala Beltrán de Heredia (9)- los cónyuges no pueden ser titulares de la obligación alimenticia mientras están -unidos y conviven en comunidad de mesa y habitación". Y más adelante: "Es, pues, en caso de separación, de ruptura o cesación de la vida en común cuando pueden los cónyuges ser titulares, activos o pasivos, de una -

---

(8) Son palabras de Piñar Lopes, en su trabajo, cit., -pág. 28: "Hablar de prestación alimenticia entre cónyuges o entre padre e hijos cuando estos conviven ligados por el afecto bajo el techo común, o aún sin éste, pero en relaciones de amplia y cariñosa cordialidad, equivale a tanto como a desconocer que el mundo de la familia responde primordialmente a un orden extrajurídico."

(9) Beltran de Heredia, cit., págs. 43 y 44.

obligación alimenticia'.

Si ocurriese la circunstancia de que el marido no presta la asistencia debida a su hogar, cabe a la mujer abandonar el domicilio conyugal, y con esto queda el marido obligado a suministrarle los alimentos debidos. Dice el art. 234: "La obligación de sostener a la mujer cesa para el marido cuando ella abandona, sin justo motivo, la habitación conyugal, y se niega a volver a esta". Abandonando el hogar, con justo motivo, asegura la mujer su derecho a la pensión alimenticia. Desarrollaremos más este punto en el próximo capítulo, cuando nos refiramos al abandono.

Está claro que el deber de vida en común establecido en el art. 231, II, cesa cuando hay justa causa, surgiendo, entonces, las medidas que quepan en el caso concreto, esto es, abandono del hogar por la mujer y obligación del marido de contribuir con una pensión alimenticia.

Sin embargo, hay actos que la mujer no puede practicar sin la autorización del marido, entre los cuales se encuentran "ejercer una profesión y contraer obligaciones que puedan suponer enajenación de bienes del matrimonio" (art. 242, n.ºs. VII y VIII). Cuando el marido no atiende al deber de mantener a su mujer y a sus hijos, el juez puede suplir la autorización marital, aunque la

enajenación no obliga los bienes propios del marido (art. 245, nº II y párrafo único), pudiendo, entonces, la mujer disponer de bienes para su propia manutención y la de los hijos.

Debemos dejar claro que la mujer no tiene obligación de tomar estas iniciativas: lo hará si lo desea. - Abandonando el hogar con justa causa, garantiza los alimentos para sí, y el marido no puede exigir que ella trabaje para mantenerse. Si él tiene, como jefe de la familia, una cantidad de derechos, tiene, en contraposición, numerosos deberes que deberá cumplir.

Pero, con todo, en principio, el camino más seguro y eficaz que tiene la mujer es el abandono del domicilio conyugal con justa causa, asegurando, así, su subsistencia, así como la de los hijos, a expensas del marido.

#### AL MARIDO INCUMBE LA OBLIGACION DE ALIMENTAR Y

#### SUBSIDIARIAMENTE A LA MUJER


55. La obligación primordial de sustentar la familia compete al marido, que es su jefe. Esto no quiere decir que la mujer no tenga también su parte en la obligación.

"El marido -dice Lehmann (10) ha de subvenir a -  
(10) Lehmann, ob. cit., págs. 108/109.

las necesidades de la mujer sin tener en cuenta que ésta - tenga o no patrimonio propio... No podrá el marido alegar el riesgo de los alimentos que se debe a sí mismo por su - posición; en todo caso sacrificará su propio patrimonio a su familia, debiendo compartirlo con su mujer, sin que - pueda alegar el que ésta se dedique a una actividad remunera - dora". Continúa diciendo que sólo en caso excepcional - cabe la obligación a la mujer, cuando el marido se encuen - tra imposibilitado de cumplirla, teniendo ella, en caso de necesidad que sacrificar su patrimonio a la familia.

La mujer asume con el casamiento la obligación de sostener las cargas de la familia (art. 240); la mutua as - sistencia (art. 231, II) alcanza también a la mujer. Pero el carácter secundario de ayuda de la mujer es patente. Su responsabilidad sólo alcanza hasta el valor de sus bienes. El marido está obligado a trabajar para mantener la fami - lia, pero no se puede obligar a lo mismo a la mujer. Se - gún ha dicho Pothier (11), en la práctica, la mujer es una pensionista en casa del marido.

Cuando el marido no tenga medios para sostener a - la familia suficientemente, por estar imposibilitado para trabajar o estar enfermo, la obligación de sustentarle - compite a la mujer, cuando posea bienes o cuando ejerce -

(11) Pothier, apud Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II,  pág. 260.

profesión lucrativa. En nuestro Código, encontramos esta obligación en la mutua asistencia y en los auxilios de las cargas de la familia (art. 231, II y 240).

En caso de que el matrimonio tenga el régimen de separación de bienes, la mujer contribuirá a los gastos en proporción a los rendimientos de sus bienes en comparación con los del marido, exceptuándose esta manera si hay estipulación contraria en el contrato antenupcial (art. 277). Puede acontecer que recaigan sobre la mujer los mayores gastos, cuando el marido no posea bienes.

Aunque tenga la mujer, al ejercer profesión lucrativa, libre disposición del producto de su trabajo, siendo necesario, debe ella contribuir a los gastos familiares.

No hay duda de que concretamente en la parte alimenticia, la mujer debe contribuir a los gastos comunes - cuando haya imposibilidad del marido para hacerlo (12). - Obsérvese, como bien ha acentuado Lehmann (13), que el deber de alimentos no supone una penalidad sino más bien un deber propio del Derecho de Familia.

---

(12) En igual sentido, Castán Tobeñas, ob. cit., tomo V, vol. I, pág. 146; Kipp y Wolff, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 202.

(13) Lehmann, ob. cit., pág. 257.



Así, la obligación de prestar alimentos con relación a la mujer tiene siempre un carácter subsidiario, - correspondiendo al marido como jefe de la sociedad conyugal la mayor y principal obligación de prestar los alimentos en sentido lato.

#### MATRIMONIO PUTATIVO

56. ¿Es posible obtener alimentos de un casamiento putativo? (14). Antes de contestar la pregunta, vamos a considerar ciertos aspectos.

El casamiento que es considerado nulo pierde toda su vitalidad; los cónyuges se convierten en extraños uno para con el otro, cesando los deberes recíprocos.

---

(14) Dicen Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 237 nota 1, citando Morel, "Etude historique du mariage putatif" tesis, Paris, 1913: "La teoría de los matrimonios putativos viene del derecho canónico. El derecho romano no la conocía. En Oriente, en principio ha subsistido en todo su rigor. En Occidente, el matrimonio putativo no aparece sino en el siglo XII, en las Decretales de Alejandro III, en las obras de Pedro Lombardo. Las Exceptiones Petri, que son del siglo precedente, las desconocen también. Esta reacción parece haber sido obra, no de la legislación, sino de la doctrina, y ha tenido por causa probable la exageración de las prohibiciones de matrimonios entre parientes: un gran número de individuos estaban expuestos, con la mayor buena fé del mundo, a contraer matrimonios nulos. Había que encontrar a cualquier precio un paliativo".

Dice el art. 221: "Aunque anulable, o incluso nulo, si es contraído de buena fe por ambos cónyuges, el casamiento en relación a éstos, como a los hijos, produce todos los efectos civiles hasta el día de la sentencia anulatoria".

Los bienes se reparten, según el régimen del casamiento. Es como si hubiese ocurrido la muerte; los hijos habidos o solamente concebidos son legítimos y los anteriores al matrimonio son legitimados. Como es natural, cesa también el deber de la prestación alimenticia.

No obstante, hay en el cuerpo del artículo citado, un párrafo único, redactado así: "Si uno de los cónyuges iba de buena fe, al celebrar el casamiento, sus efectos civiles sólo a ese y a los hijos aprovecharán".

Piñar Lopes (15) se adhiere a aquellos que entienden que en el casamiento putativo no caben alimentos, ni siquiera teniéndose en cuenta la buena fe de uno de los cónyuges, por no tratarse de derechos civiles adquiridos. Castán Tobeñas (16) entiende también que no existirá la deuda alimenticia. No obstante, Beltrán de Here

---

(15) Piñar Lopes, cit., pág. 30.

(16) Castán Tobeñas, ob. cit., tomo V, vol. II, pág. 238.

dia (17) la admite, desde que haya "la buena fe por parte de los cónyuges o bien de uno de ellos ya que si hubo mala fe por parte de ambos el matrimonio putativo solo - surtirá efectos civiles con respecto a los hijos", mencionando el art. 69 del Código Civil español.

Planiol y Ripert (18) después de considerar que no hay la obligación en el casamiento putativo, especifican el caso de la buena fe de uno de los cónyuges, apuntando el deber por parte del culpable, pero no basado en el deber de socorro (art. 212), que desaparece, sino sobre la responsabilidad por daño, tal como el caso del esposo culpable por el divorcio.

Según el párrafo único del art. 221, al cónyuge de mala fe corresponde la obligación de alimentar. Nos parece claro y lógico que al cónyuge que obró de buena fe le sean conferidos los alimentos, recayendo la obligación sobre el culpable. Clovis Bevilaqua expone su punto de vista en este mismo sentido (19).

(17) Beltrán de Heredia, cit., pág. 48.

(18) Planiol y Ripert, ob. cit., vol. II, pág. 246 a - 250; Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág.- 110.

(19) Clovis Bevilaqua, ob. cit., vol. II, pág. 75.

Como veremos más adelante, al tratar del desquite, la obligación de prestar alimentos después de la separación, tiene en sí tanto un carácter de indemnización como un carácter de alimentos, principio, que según nuestra opinión, es también aplicable al caso del casamiento putativo, una vez que uno de los cónyuges iba de buena fe. Josserand (20) ha denominado esta obligación de "pensión alimenticia por vía de indemnización", con lo cual concordamos plenamente.

De esta manera, en nuestro modo de sentir, cabe la obligación alimenticia en el matrimonio putativo, al cónyuge de buena fe, que podrá exigirla cuando de ella necesite.

---ooOoo---

---

(20) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 333 y sgts.

## C A P I T U L O    I I

### ALIMENTOS EN LA SEPARACION DE HECHO

SUMARIO: 57. SEPARACION DE HECHO. - 58. ABANDONO POR LA MUJER. - 59. ABANDONO POR EL MARIDO. - 60. MUTUO ACUERDO=

### SEPARACION DE HECHO

57. La vida en común es la propia esencia del matrimonio. Bajo el mismo techo, marido y mujer se complementan para darse protección mutua y educar a la prole.

Esa armonía tan deseable, no siempre se prolonga a través de la vida matrimonial. La discordia ocupa el lugar en que debía reinar paz y comprensión, siendo la mayoría de las veces por cuestiones económicas, pues el marido desatiende sus deberes de jefe de la familia, (21).

Si el marido deja de cumplir con su obligación con referencia a la asistencia económica o si lo hace insuficientemente, pudiendo hacerlo de manera completa, la mujer no tiene otra solución más eficaz, si no desea continuar viviendo en estas condiciones, ya que el derecho no permite una interferencia que obligue al marido a satisfacer sus obligaciones económicas frente a la fa

---

(21) "El matrimonio -dice Lehmann, ob. cit., pág. 98- como comunidad de vida duradera creada por contrato, tiene efectos personales y patrimoniales... su rasgo característico es de derecho personal, - pero tiene un aspecto patrimonial, que se pone de manifiesto en la potestad de la llave (Schlüsselgewalt) y en el deber de alimentos".

milia, que dejar la habitación conyugal, estableciendo la separación de hecho y asegurando, por otra parte, - una pensión alimenticia para sí. "La negativa -dice Josserand (22)- a pagar los alimentos a un cónyuge en necesidad podría ser considerada como una injuria grave que puede motivar la separación de cuerpos o el divorcio en perjuicio del contraventor".

La separación de hecho puede tener como origen el incumplimiento de cualquiera de los deberes recíprocos entre los esposos, por parte de uno de los cónyuges. Téngase en cuenta que aunque se haya establecido la separación, muchos de los deberes existentes entre los sujetos del matrimonio continúan con plena validez y entre ellos, el de alimentos.

#### ABANDONO POR LA MUJER - JUSTA CAUSA

58. El abandono del hogar por la mujer puede verificarse con o sin justo motivo. Cuando la esposa abandona el domicilio conyugal sin justo motivo, y se niega a volver, cesa para el marido la obligación de pasarle alimentos.

---

(22) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 325.

¿Qué se entiende por justo motivo?. El justo motivo que una mujer pueda tener para abandonar el domicilio conyugal y garantizar una pensión alimenticia por parte del marido será todo aquello que dificulte la vida en común, sea con referencia a la parte económica, sea a la parte moral.

Cada caso presenta una faceta particular, que da da al conocimiento del juez, éste apreciará las alegaciones de uno y de otro, sacando, entonces, su conclusión, pudiendo decir si hay o no justa causa. Una infinidad de casos pueden darse. Por vía de ejemplo, podemos apuntar: falta de asistencia pecuniaria a la familia, ocasionando con esto serios problemas para la mujer y para los hijos; imponer el marido la presencia de persona no grata a la mujer en el hogar, tal una concubina; ser la mujer víctima de malos tratos; ser el marido un alcohólico inveterado; promover el marido reuniones frecuentes en casa para juegos de azar, hiriendo la natural libertad de la mujer en su propia casa; pernoctar fuera de casa, habitualmente, sin una razón plausible; etc., etc. Además de estas causas, hay las que la ley ha establecido de derecho, tales son el adulterio, la tentativa de muerte, las sevicias o injurias graves y el abandono volunta



rio del hogar conyugal, durante más de dos años (art. - 317).

El justo motivo en el abandono del hogar, asegura a la mujer la separación de hecho, juntamente con sus derechos, y entre ellos se encuentra aquel que nos interesa, el derecho a los alimentos. Muchos de los justos motivos pueden ser considerados como injuria grave, y una vez que ésta se configure, dará derecho a la mujer de pedir el desquite.

El desquite pone fin a la sociedad conyugal, rompiendo todos los derechos y deberes de uno y otro cónyuge; los consortes se volverán extraños uno para con el otro, pero no podrán contraer otro matrimonio válido. El deber de alimentos se mantiene, no como un deber derivado del casamiento, sino como una indemnización que el culpable tiene que proporcionar al inocente. Pero, no profundicemos mucho en este asunto, que lo reservamos para en breve.

Toda injuria grave da derecho a la separación de hecho, pero no todos los justos motivos podrán ser considerados injuria grave para determinar el desquite.

En vista de ésto, el Derecho tiene que reconocer esta situación; las causas que determinan la salida del hogar por la mujer no son suficientemente fuertes para -

considerarse como una injuria grave y acarrear la medida judicial prevista por la ley. La vida entre los consortes se vuelve insuportable para continuar manteniendo la cohabitación.

No se puede considerar, por una abstracción, que los cónyuges deben ser tratados como si viviesen en común, porque en tal caso no cabe, pensamos, la interferencia del juez para la determinación de la deuda alimenticia del marido a la mujer. Esclarece Jossierand (23) que la "ficción no podría vencer a la realidad; a pesar de todo, la circunstancia de que los esposos vivan cada uno por su lado hace surgir problemas cuya solución ante el silencio de la ley, es difícil. De todas maneras, será forzoso establecer un régimen jurídico, un *modus vivendi*, teniendo en cuenta el aislamiento de los esposos, la circunstancias de que hay matrimonio sin vida común".

La delimitación entre injuria grave y justo motivo deba ser apreciado en cada caso concreto por el juez, que decidirá teniendo como base las circunstancias presentadas. Para mejor apreciación, el juez deberá personalmente oír a las partes, conjunta o separada-

---

423) Jossierand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 210.

mente, como establece la Ley nº 968, ya mencionada y has ta transcrita íntegramente en el final del Título I, pues en todos los casos de alimentos es obligatoria una au - diencia para que las partes se enfrenten, proporcionando al juez una mejor y más segura información del caso que tendrá que juzgar. Por consiguiente, la mujer tendrá a- segurada la pensión alimenticia cuando abandona el hogar con justo motivo (24). La separación de hecho es el re- medio que el Derecho reconoce a la mujer para separarse del marido, cuando éste no la trata con el debido cariño y respeto, y por otro lado no le da la asistencia que me rece. La causa, a veces, siendo injuria grave, autoriza a la mujer a pedir el desquite; no es, sin embargo, una obligación la petición de desquite -tendrá que ser por - su iniciativa o de acuerdo entre los cónyuges- y si una facultad que la ley concede, pudiendo la esposa utilizar la o no, estando la elección dentro de su voluntad.

En Francia, la jurisprudencia ha facultado a los maridos el requerimiento de fuerza pública para obligar a la mujer a regresar al techo conyugal. La ejecución

---

(24) Hace notar Beltran de Heredia, cit., pág. 45: "Es- timamos que bajo ningún punto de vista puede el - cónyuge que abandona el domicilio conyugal pedir - alimentos al otro cónyuge aunque se encuentre en - estado de necesidad".

"manu militari" era brutal para la mujer en particular; al marido nunca se le ha obligado a regresar a la fuerza a la casa en que abandonó a su mujer, porque a él le cabe fijar el domicilio conyugal. No obstante, el procedimiento contra el marido consistía en forzarle a recibir a la mujer en casa. El empleo de fuerza para con la mujer repugna a la conciencia moderna, y la jurisprudencia tiene abandonada esta medida brutal; pero, hay recientes juzgados (1920) que autorizan a la mujer a recurrir a la fuerza pública para obligar a su marido a recibirla (25).

Por lo expuesto, queda claro que cuando la mujer abandona el domicilio conyugal con justo motivo, asegura para sí la pensión alimenticia.

Pero, si lo hace sin tener una justa causa o razón la obligación del marido deja de existir. Hay, sin embargo, que añadir otra circunstancia: la negativa a volver al hogar.

Tengamos presentes estas circunstancias para que la mujer deje de merecer la asistencia alimenticia del marido: abandono del techo conyugal sin motivo plausible que la autorice a esta actitud y la negativa de volver al domicilio antiguo.

---

(25) Vease Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 279/280.

Si, por ejemplo, la mujer abandona sin justa causa el domicilio conyugal y desea volver más tarde, el marido, si no ha tomado las medidas que la ley le faculta, tendrá la obligación de sustentarla.

Está claro que la ley protege la dignidad de la familia; saliendo la mujer de casa, v.g., para amancebarse con un hombre o en cualquier circunstancia que determina una injuria grave, tiene el marido la posibilidad de requerir desde luego el desquite, no necesitando de separación de cuerpos, pues ya existe la separación de hecho.

Suele ocurrir desavenencias entre los esposos; la mujer se aparta de la casa del marido, y va a residir con sus padres o parientes, llevando una vida honesta. No se configura la injuria grave, y ¿qué debe hacer el marido?. Simplemente notificarla judicialmente, invitándola a que regrese al hogar. Si la mujer no contesta a la notificación o se niega a ocupar su antiguo lugar, queda probado que ella no desea volver más a la compañía del marido, o tiene razón para quedarse apartada.

El marido podrá entablar una acción de desquite, cuando quepa, durante el transcurso de la cual, la mujer tendrá derecho a alimentos provisionales, de acuerdo con los principios inherentes a estos. Si la negativa de la

mujer no está justificada, el marido queda exento de alimentarla, después de la competente acción.

Según las circunstancias, la simple salida de la mujer de la casa del marido, podrá ocasionar la injuria grave, que debidamente apreciada por el juez, ocasionará la sentencia de desquite.

La negativa de la mujer no se debe tomar "a priori" como expresión de su deseo de no volver al hogar; - hay razones ocultas que no conocen más que los cónyuges, o sus parientes, o incluso un acuerdo entre marido y mujer ajeno a todos los demás. Puede acontecer que la mujer no vuelve a la casa por oposición del marido, por ejemplo. Hay, pues, que analizar con serenidad todas las circunstancias del caso para tener un juicio exacto de la negativa por parte de la esposa a volver a su lugar. Al marido cabe probar la negativa de la mujer, y si no lo consigue, la presunción estará con ésta, llevando todo a creer que por voluntad de la esposa, gustaría ella de ocupar su puesto de madre, compañera y dueña de casa. Incluso una permanencia prolongada fuera del hogar no - significa una formal negación por parte de la mujer; es muy probable que su ausencia del hogar está condicionada a elementos que una vez conocidos demostrarán que ella no tenía otra manera de comportarse.

El marido no está obligado a llamar a su mujer junto a sí, directa o indirectamente; él procederá como mejor le pareciere, pues su actitud tendrá reflejos en el aspecto económico. No tomando ninguna medida, ya en el sentido de notificar judicialmente a la mujer para regresar al hogar, ya en el de proponer una acción de desquite, cuando es el caso, queda obligado a sostener a la mujer hasta que sea determinado lo contrario, por sentencia judicial.

Manteniéndose la separación de hecho, y despreciando el marido las medidas judiciales que tiene a mano, quedará obligado a pasar a la mujer, cuando ésta lo reclame, una pensión alimenticia, pues el vínculo del casamiento subsiste, y con ello todos los deberes de él derivados.

Si la mujer deseara volver, el marido tendrá - que recibirla, y no habiendo motivo justificado para la negativa del marido, a éste incumbe pasarla una pensión alimenticia. El juez tendrá muchos puntos dudosos, que se aclararán oyendo personalmente a las partes, pudiendo formar un concepto más seguro y justo del caso que se le presenta.

Volviendo a la casa, por deseo de la mujer y del marido, el juez levantará acta del acuerdo, homologando

gándolo y colocando punto final al pequeño litigio; si, no obstante, la mujer se opone a regresar a la casa y - tiene razón para esto, el marido le debe alimentos, más si no fuese la negativa justa, estará exento, y la exención también tiene lugar cuando la mujer ha cometido - una injuria grave y el marido toma las medidas radicales que la ley establece.

#### ABANDONO POR EL MARIDO

59. En el caso de que el marido abandone el domicilio conyugal, continuará la obligación de suministrar alimentos, pues la separación de hecho no destruye el deber de prestar alimentos.

Para librarse de la obligación, es necesario - que el marido pruebe la mala conducta de la mujer, entablando la competente acción de desquite, que la apuntará como culpable, o en el caso de abandono del domicilio conyugal por parte de la mujer, probar su salida sin justa causa y su negativa a retornar a ocupar el - lugar de compañera en el matrimonio.



MUTUO ACUERDO

60. ¿Podrán los cónyuges establecer una separación por mutuo acuerdo?. Pensamos que no, pues tal acuerdo no tiene validez jurídica. El art. 231, II, es bien claro en sus términos, estableciendo que es deber de ambos esposos la vida en común en el domicilio conyugal. La vida en común es de la propia esencia del matrimonio, y cualquier acuerdo particular contra este principio, no conseguirá obtener los fines deseados.

Hay, empero, la separación de hecho ocasionada por uno de los cónyuges, a la cual no debe el Derecho menospreciar con su indiferencia. La obligación de sustento permanece intacta, pues aún continúan en vigor los deberes de mutua asistencia. En vista de esto no se reconoce la validez del mutuo acuerdo para la separación de hecho.

La jurisprudencia francesa, nos informan Planiol y Ripert (26), reconoce a cada cónyuge el derecho de vivir separado cuando la otra parte falte con sus obligaciones recíprocas; la mujer que no tiene la debi

---

(26) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, págs. 261/262 y 272 y sgts.

da asistencia del marido, puede negarse a una vida en común, y en consecuencia, pedir una pensión alimenticia, - que los tribunales conceden, haciendo notar que la separación se debe a culpa del marido. Añaden que dicha pensión llega a convertirse en un derecho para la mujer, - cuando ella desea volver al hogar y es rechazada por el marido, perdiendo este derecho cuando la separación ha sido iniciada por su culpa. Los referidos autores señalan que un acuerdo para una separación de vida no posee ningún valor jurídico, pudiendo el cónyuge, cuando quiera, exigir de nuevo la vida en común, pues el deber de cohabitación subsiste aún.

El Tribunal puede estipular una pensión alimenticia, puesto que quedan con vida todos los deberes recíprocos de los cónyuges. Separados de hecho, con motivos para ello, la pensión alimenticia puede ser establecida, lo que no ocurriría si los cónyuges continuasen viviendo bajo el mismo techo. Tengamos en cuenta que esta suspensión de la vida en común es puramente temporal, es, en realidad, un *modus vivendi* que perdura hasta que los cónyuges resuelvan continuar su vida armoniosa de antes, en pro de su propia felicidad y también de los hijos; no - siendo esto posible, existirá causa para pedir la separación.

En el estado de separación de hecho, cualquiera de los cónyuges puede exigir la vuelta a la vida anterior y habiendo negativa, cuando ella es justa, cambiará el aspecto de la cuestión, que podrá transformarse en una acción de desquite, por culpa del cónyuge transgresor de los deberes matrimoniales (27).

Persiste la obligación de alimentar en la separación de hecho. Josserand (28) se manifiesta en el sentido del mantenimiento de la obligación alimenticia, en razón de su origen en el matrimonio, "y sobre todo, el deber de ayuda, cuya expresión práctica es la obligación alimenticia".

No se debe confundir con la separación el apartamiento de los cónyuges de poca duración, debido a circunstancias imperiosas, como tratamiento de salud, negocios y cosas afines. Suele acontecer, por ejemplo, que la mujer necesite ir a un sitio donde el clima es más propicio para la recuperación de su salud, o incluso, -

---

(27) Castán Tobeñas, ob. cit., tomo V, vol. II, pág. - 287, hablando sobre el asunto, dice que "si los esposos están separados de hecho, con consentimiento mutuo, cabe dudar si el cónyuge necesitado podrá reclamar alimentos al otro. La jurisprudencia parece admitirlo".

(28) Josserand, ob. cit., tomo I. vol. II, pág. 306.

de los hijos; hay también el caso de la profesión del -  
marido que le obliga a dejar el hogar, teniendo por fin  
la realización de negocios cuyo resultado viene a dar -  
mayor comodidad a la familia.

De esta manera, un acuerdo mutuo entre los cón-  
yuges, sin un motivo justo para una separación, no po-  
drá acarrear la imposición del deber de una deuda ali-  
menticia impuesta judicialmente. La esfera de la fami-  
lia impide que el Derecho intervenga, en este sentido ,  
en la órbita matrimonial, según nuestro modo de sentir.

### C A P I T U L O   I I I

ALIMENTOS EN EL TRANSCURSO DEL PROCESAMIENTO DE LA DISO  
LUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. ALIMENTOS PROVISIONALES

SUMARIO: 61. SEPARACION DE CUERPOS. - 62. ALIMENTOS -  
PROVISIONALES. "ALIMENTA IN LITEM". - 63. ALI  
MENTOS PROVISIONALES AL MARIDO

### SEPARACION DE CUERPOS.

61. Cuando hay desavenencia entre los cónyuges, la ley concede medios para que se separen judicialmente, estableciendo la separación de cuerpos. Es una medida aconsejable que evita mayores y más serias consecuencias en personas que viven bajo el mismo techo, y que inevitablemente están en contacto en todos los momentos. Es el primer paso para la separación definitiva, aunque el vínculo matrimonial no se deshaga.

Es lógico y natural que si los cónyuges ya se encuentran separados de hecho, esta medida no tiene por qué ser empleada. Una de las partes entabla la acción y aguarda la sentencia de desquite, nulidad o anulación del matrimonio, según el caso. Tal procedimiento viene en socorro del cónyuge inocente, cuya vida en común se ha transformado de una manera tal que sería intolerable su continuación.

El Código Civil suizo establece en su art. 170 - que la cesación de la vida en común es derecho del cónyuge, mientras se desarrolla el proceso de divorcio o de separación de cuerpos; la intervención del juez sólo es necesaria para decretar los subsidios que uno de los de-

mandantes tiene que pasar al otro (29).

Establece el Código Civil brasileño, en el art. 223, que "antes de proponer la acción de nulidad de matrimonio, la de anulación, o la de desquite, requerirá - el actor, con documentos que le autoricen, la separación de cuerpos, que será concedida por el juez con la brevedad posible". La separación de los cónyuges está también prevista en muchos otros códigos, entre ellos el francés (art. 238), y el español (art. 68, I).

El Código de Procedimiento Civil brasileño (art. 678) también hace referencia a esta situación, diciendo - que "cuando el litigio deba ser precedido de separación de cuerpos, el juez podrá ordenar el apartamiento de uno de los cónyuges de la residencia del matrimonio, la asistencia a uno u otro y la guarda y educación de los hijos, durante el proceso".

No queda sin protección en la separación de cuerpos el cónyuge separado; el marido, como jefe de la sociedad conyugal, debe pasar cantidad suficiente para la subsistencia de la mujer, puesto que persiste aún el deber recíproco de asistencia (art. 231, III), mientras el de vida en común desaparece temporalmente.

---

(29) Cf. Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 78.

ALIMENTOS PROVISIONALES. "ALIMENTA IN LITEM"

62. Los alimentos provisionales tienen por finalidad proveer a la parte separada de medios con que pueda hacer valer sus derechos; comprende no solamente la manutención de quien los solicita, sino también los recursos necesarios para demandar en juicio.

Podemos distinguir en los alimentos provisionales dos especies: alimentos provisionales propiamente dichos, que sirven para el sustento, la habitación, el vestuario, en fin, para atender a todas las necesidades de la vida. Una segunda especie se traduce en los recursos que atienden a los gastos del proceso para que el actor o incluso el demandado pueda presentarse en juicio, haciendo valer sus derechos, incluyéndose los honorarios de abogado y las pericias que se hagan necesarias, llamados indistintamente "alimenta in litem", "litis expensas" o "provisión ad litem".

Hay autores que excluyen del ámbito del concepto de los alimentos los gastos procesales (30); pensamos, - que realmente no corresponden las costas procesales a la definición estricta de los alimentos, pero que en el fon

---

(30) Vease Lehmann, ob. cit., pág. 110, entre otros.



do no deja de tener un carácter de necesidad lo mismo que los alimentos, pues impedida la parte de hacer valer su derecho serían inoperantes todas las otras reglas que han sido creadas en su beneficio.

Dice el art. 224, del Código Civil brasileño: - "Concedida la separación, la mujer podrá pedir los alimentos provisionales que le serán arbitrados, en la forma - del art. 400". Vale recordar que el art. 400 se refiere al principio de la proporcionalidad.

Los alimentos provisionales pueden ser pedidos - en cualquier estado de la causa; antes, como medida preparatoria (art. 767, nº VIII y 677 del Código de Procedimiento Civil brasileño), o incluso durante la causa, y - aún cuando esté en grado de apelación. Para demandar alimentos provisionales no es indispensable que haya separación de cuerpos decretada por el juez; habiendo separación de hecho, puede la mujer pedirlos, no importando - sea ella actora o demandada, ni tampoco que le sea o no imputada la culpabilidad, pues hay siempre una presun - ción de inocencia.

Podrán los alimentos provisionales ser establecidos desde el principio, esto es, al iniciarse la demanda de separación. Si los cónyuges ya se encontraban separa

dos de hecho no es necesario que el juez determine la separación de cuerpos, pero decretará en la acción principal, por simple despacho, la fijación de una pensión "si et in quantum", atendiendo al derecho de quien pide y a las posibilidades de la parte demandada. En el fallo, - el juez reajusta la pensión, manteniéndola o no, en vista de los elementos de prueba definitivos. Es claro que las medidas provisionales sólo tendrán eficacia mientras se sustancie la acción, pudiendo ser modificadas o revocadas. Los alimentos provisionales concedidos serán sustituidos por los fijados en la sentencia en el caso de - salir vencedor el demandante de ellos, deviniendo la pensión, después del desquite, de una naturaleza jurídica - distinta, que analizaremos más adelante.

Cuando queda la mujer sin protección, sin medios para subsistir, tiene derecho, conforme estipula el art. 224, ya mencionado, a que el marido contribuya con una - cierta cuantía, para que ella pueda satisfacer los gastos comunes. El juez atenderá su petición, que podrá - también comprender una cantidad para atender a los gastos del proceso (31).

---

(31) Señala Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 78, comentando el art. 224: "Obtenida la separación preliminar, la mujer no teniendo recursos propios, podrá requerir al juez para que le sean prestados por el marido los alimentos provisionales, tanto para su -

El art. 68 del Código Civil español, con la alte  
ración sufrida por la Ley de 24 de abril de 1958, tratan  
do de las medidas que deberán ser adoptadas por el juez  
durante el sustento del proceso para nulidad o separación  
de matrimonio, en el apartado sexto, establece: "Acordar  
si procede, el abono de litis expensas, determinando la  
cuantía y la persona obligada al pago".

Para que prospere la petición de alimentos provi  
sionales es necesario que la mujer no tenga recursos pro  
prios. Si ella trabaja y obtiene medios con que poder man  
tenerse, no debe ser acogida su demanda, diciéndose lo -  
mismo si ella recibe los rendimientos de sus bienes, en  
el caso de poseerlos. Estando carente de medios puede -  
pedirlos, no siendo necesaria la demostración de la impo  
sibilidad de adquirirlos con su trabajo.

En la hipótesis de haber hijos del matrimonio y  
quedar éstos con la mujer, aunque ella tenga recursos -  
propios, el marido debe contribuir a la mitad de los gas  
tos que se causen para la crianza y educación de los hi-  
jos, pues la obligación es tanto de uno como de otro.

La mayoría de las veces, la mujer tiene bienes en  
su patrimonio propio, pero los administra el marido, de

---

.... subsistencia como para sostener la causa -alimenta  
in litem-".

modo que no podrá disponer de ellos ni de su renta hasta que aquellos pasen a su administración.

El Código Civil español, según la reforma sufrida por la Ley de 24 de abril de 1958, estatuyó en su apartado cuarto, las diversas formas que se deben seguir con respecto al régimen económico matrimonial. En todo caso, se transferirá a la mujer la administración de los bienes parafernales que hubiese entregado al marido, pudiendo disponer de ellos para la administración ordinaria, necesitando autorización judicial para actos que sobrepasen esta administración. Podrán pasar a la administración de la mujer, si el juez estima conveniente, los bienes de la dote inestimada, y excepcionalmente, la administración de los bienes gananciales o de algunos de ellos.

En los alimentos provisionales el juez al establecer la cuota que uno de los cónyuges pasará al otro, tendrá en cuenta las necesidades de la mujer, así como las posibilidades del marido, obedeciendo siempre al principio de la proporcionalidad.

Es necesario no olvidar que mientras está desarrollándose el proceso de disolución de la sociedad conyugal, el deber de mutua asistencia permanece íntegro.

El caso más corriente, cuando se trata de alimen

tos provisionales, es aquel en que la mujer no posee bienes, viviendo solamente con el producto del trabajo del marido. En estas condiciones, habiendo una petición de alimentos provisionales, el juez fijará una cantidad suficiente para cubrir los gastos normales, esto es, los alimentos provisionales propiamente dichos, dejando de lado las costas procesales, ya que el marido no las puede soportar.

La Ley nº 1.060, de 5 de febrero de 1950 ha establecido las normas para la concesión de la asistencia judicial a los necesitados. El art. 2º, párrafo único, determina qué se entiende por necesitado, estando redactado así: "Se considera necesitado para los fines legales, todo aquel cuya situación económica no le permita pagar las costas procesales y los honorarios del abogado sin perjuicio del sustento propio o de la familia".

Así, no obteniendo la mujer más que lo necesario para mantenerse, recurrirá a la asistencia judicial, para ingresar en juicio.

Teniendo la mujer bienes de los que saque rendimientos, o trabajando y consiguiendo numerario bastante para mantenerse, no tiene por qué ser atendida su petición de alimentos provisionales. Pero, si sus posibilidades

des son insuficientes, el marido debe completarlas, basado en mutua asistencia, y aún siéndole posible, pasarle "alimenta in litem", y en caso contrario, podrá la mujer recurrir a la justicia gratuita. La mujer no necesita obligatoriamente recurrir al marido para obtener las expensas procesales; puede solicitar la asistencia gratuita desde que merezca la consideración de necesitada, esto es, que sus ingresos sean los justos para atender a su subsistencia.

En el régimen de comunidad de bienes, aunque la mujer los tenga, la administración corresponde, en general, al marido, siendo, así, imposible a la mujer gozar de los rendimientos, pues todos van a manos del marido. En este caso, caben los alimentos provisionales, que constituirán un adelanto de la parte que le pertenece. Conviene resaltar que el marido sólo puede disponer de la renta, y no del capital.

Dicen Planiol y Ripert (32): La provisión ad litem "supone que la mujer tiene bienes, y que por razón de circunstancias no puede gozar de la asistencia judicial, porque no dispone de las rentas de sus bienes a consecuencia de su régimen matrimonial".

---

(32) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 466.

¿Están los alimentos provisionales sujetos a restitución?. Teniendo en cuenta las dos especies antes apuntadas, pensamos que la respuesta a esta pregunta debe ser dada haciendo la distinción de ellas.

Veamos los alimentos provisionales propiamente - dichos; como ya recordamos, ellos representan el deber - de ayuda que continúa existiendo hasta que se decida al desquite por la sentencia. Así, no se puede hablar de - devolución, incluso en el caso que la mujer venga a per- der el juicio. Lo contrario ocurre con los "alimentos in litem"; la parte que pierde debe devolverlos, si ha - recibido del otro cantidades destinadas a este fin.

Cuando el marido tiene la administración de los bienes de la mujer, y ha hecho un adelantamiento a títu- lo de alimentos provisionales y sale vencedor en la de - manda, pasará a la mujer toda la renta, desde el día en que se interpuso la demanda, descontado las sumas que ya le ha pasado, incluso los gastos procesales. En caso de ser la mujer vencedora, el marido teniendo los bienes de ella, le pasará lo restante de la diferencia entre el to - tal de los valores de las rentas y los adelantos suministrados, corriendo por su cuenta, las expensas que haya - habido en el proceso.

De todas las maneras, quien pierde la cuestión ,

pagará los gastos del proceso. La Ley nº 1.060, de 5 de febrero de 1950, que establece normas para la concesión de asistencia judicial a los necesitados, preve casos interesantes en lo que se refiere al pago de las costas - procesales, en los arts. 11, 12 y 13.

Así, si la parte vencedora ha sido beneficiada - con la asistencia judicial, la parte vencida tendrá que pagar los gastos que se han causado (art. 11), esto es, honorarios de abogado y peritos, costas de proceso, tasas y estampillas judiciales. Probando la parte vencida que la vencedora ha perdido la condición legal de necesitada, puede accionarla para recuperar los gastos de proceso (art. 11, párrafo 2º). La parte beneficiada por la asistencia gratuita quedará obligada a pagar las costas de proceso, desde que pueda hacerlos, sin perjuicio de su propio sustento y de su familia. Si dentro de cinco años, a contar de la sentencia, no pueda el beneficiado saldar la deuda, quedará prescrita la obligación (art. 12). En el caso de que el beneficiado pueda pagar solamente una parte de las costas, estas serán repartidas - entre aquellos que tenían derecho a recibirlas (art. 13).



ALIMENTOS PROVISIONALES AL MARIDO

63. Encontrándose el marido en necesidad, puede pedir alimentos provisionales; si tiene la mujer recursos suficientes y el marido, por ejemplo, está enfermo y no puede trabajar, es justo que a él se le concedan los alimentos provisionales.

El deber de mutua asistencia incluye el de alimentos, y sea cual sea el régimen del casamiento, también a la mujer compete esta obligación. Ciertamente es que el art. 224 habla de que los alimentos provisionales deben ser prestados a la mujer; así es en el caso general. El art. 678, del Código de Procedimiento Civil brasileño, expresa que cuando la demanda tenga que ser precedida de la separación de cuerpos, el juez podrá ordenar "la asistencia a uno u otro cónyuge".

La obligación de sustentar la familia, durante el matrimonio es del marido, principalmente; teniendo, sin embargo, recursos la mujer, no puede eximirse de este deber, y tiene que auxiliar al marido, aún más cuando tiene bienes y el marido está necesitado, por desgracia o enfermedad. Si esta obligación se puede realizar durante el matrimonio, podrá también verificarse en la separación, pasando la mujer, cuando sea posible, los ali-

mentos provisionales. Planiol y Ripert (33) también se manifiestan en este sentido, cuando tratan de las medidas provisionales durante la demanda.

En la reforma del art. 68 del Código Civil español, por la Ley de 24 de abril de 1958, preve este caso, cuando en el número quinto dice que el juez, en la separación de matrimonio, señalará "alimentos a la mujer, y, en su caso, al marido".

Josserand (34) se refiere al asunto con mucha precisión, diciendo que "se trata de asegurar la subsistencia y la manutención de los esposos, mientras dure el procedimiento. Con este objeto, el presidente del Tribunal impondrá al mejor ordinariamente al marido, porque ejerce una profesión remunerada y también porque tiene generalmente a su cargo la administración de la fortuna del matrimonio- la obligación de suministrar una provisión alimenticia al más necesitado, provisión que adopta la forma de una pensión, que constituye el cumplimiento de la obligación de ayuda, previsto en el art. 212 y con la que habrá de atender, no solamente a la subsistencia del acreedor, sino también a los costos del procedimiento, que es, en cierta medida, por lo menos, una provisión ad litem (art. 240, párrafo 2º y 241).

(33) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 177.

(34) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 177.

## C A P I T U L O   I V

### ALIMENTOS DESPUES DE DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL

SUMARIO: 64. LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: EL DESQUITE. - 65. LA OBLIGACION ALIMENTAR EN EL DESQUITE. - 66. EL FACTOR CULPA EN LA DETERMINACION DE LOS ALIMENTOS ENTRE LOS CONYUGES. - 67. NATURALEZA JURIDICA DE LA PENSION ALIMENTICIA ENTRE CONYUGES. - 68. EL REQUISITO DE LA INOCENCIA. - 69. EL REQUISITO DE POBREZA. - 70. RENUNCIABILIDAD DE LOS ALIMENTOS EN EL DESQUITE. - 71. ALIMENTOS AL CONYUGE MARIDO. - 72. - ACUERDO Y FIJACION. - 73. REVISION.

## LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. EL DESQUITE.

64. "Desquite" es el término que se usa en el Derecho brasileño para determinar la figura jurídica de la disolución de la sociedad conyugal, aunque permanezca el vínculo matrimonial, impidiendo la realización de otras nupcias. Divorcio es un vocablo que tiene una acepción más amplia pues una vez dictado en sentencia establece la ruptura completa del matrimonio.

En España, donde el matrimonio goza del mismo tratamiento que en el Derecho brasileño, se llama divorcio a la disolución del matrimonio. "Sin embargo afirma Valverde (35)- algún Código como el español, habla de divorcio y le reglamenta minuciosamente, y no es en sentido propio de divorcio, sino de separación o divorcio relativo". No obstante, con la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958, la palabra divorcio, en sus artículos correspondientes, ha sido sustituida por separación de matrimonio.

"El desquite -comenta Clovis Bevilacqua (36)- pone término a la vida en común, separa los cónyuges, les

---

(35) Valverde, ob. cit., tomo IV, pág. 169.

(36) Clovis Bevilacqua, ob. cit., tomo II, pág. 208.

restituye la libertad les permite dirigirse como entiendan en la vida, sin que dependan uno del otro, en nada; - pero conserva íntegro el vínculo matrimonial".

El art. 163 de la Constitución brasileña de 1946, consagra el vínculo indisoluble del matrimonio.

Una vez establecido el desquite, los cónyuges pueden gobernar libremente su persona, disponer de sus bienes, pero no casarse otra vez. Sólo la muerte es capaz de romper el vínculo matrimonial, pues el casamiento válido es indisoluble y perpetuo.

Dictada la sentencia de desquite, los cónyuges se vuelven personas extrañas entre sí, desapareciendo todas las obligaciones recíprocas que existían durante el matrimonio, subsistiendo, sólomente, aquellas que nacieron con el desquite. La mujer adquiere domicilio propio, dirige su persona, sin intervención de terceros. Obtenido el desquite por la mujer casada con menos de 21 años, no vuelve a la condición de incapaz, condición esta de la que el casamiento la ha libertado, no quedando, de ahí en adelante, bajo el patricio poder o tutela. Tales aspectos se aplican también al hombre.

La indisolubilidad del matrimonio no es exclusivamente por motivos religiosos; hay en su ámbito razones de orden sociológico, que sobrepasan los límites del de-

recho, interesando sobremanera a la Moral, a las costumbres y a la educación. Los intereses del casamiento no son pasajeros; lo son de la sociedad, de los hijos y no sólomente de los dos cónyuges. Siendo la familia el fundamento de la sociedad debe estar basada en fuertes vínculos, uniéndola sentimientos de cariño, afecto y respeto.

"Termina la sociedad conyugal -estipula el art. 315 del Código Civil brasileño-: I) por la muerte de uno de los cónyuges; II) por la nulidad o anulación del casamiento; III) por el desquite, amigable o judicial". Añade el párrafo único del mismo artículo: "El casamiento válido sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, no aplicándose la presunción establecida en este Código, art. 10, 2ª parte". Lo que el Código establece en la segunda parte del art. 10 es la presunción de muerte.

En cuanto a la terminación de la sociedad conyugal por nulidad o anulación del casamiento, con relación a los alimentos, ya tuvimos oportunidad de tratar (Vea nº 56). Sólo cabe en los casos de matrimonio putativo, en el cual es beneficiado el cónyuge de buena fe.

Hay dos tipos de desquite; el amigable y el judicial. El amigable resulta del consentimiento de los esposos, casados hace más de dos años, manifestado ante el juez y debidamente homologado (art. 318). El judicial,

también llamado litigioso, como su propio nombre indica, resulta de la incomprensión de los consortes que van a juicio para colocar fin legalmente a la unión conyugal, tomando las medidas necesarias.

#### LA OBLIGACION DE ALIMENTAR EN EL DESQUITE

65. En el desquite amigable, los cónyuges llegan a un entendimiento en lo que se refiere a lo que uno debe al otro, después de atender al régimen de bienes estipulado en el matrimonio. No es necesario que se dé a conocer la causa que ha dado motivo a tal decisión: "La homologación del juez es solamente una declaración de que fueron observadas las formalidades legales" (37).

Los cónyuges determinan la cuantía que uno pasará al otro, por regla general, el marido a la mujer, a título de alimentos. Los bienes quedan divididos, regulados por los propios intereses de los consortes. También se entenderán sobre el cuidado de los hijos (art. 325), pudiendo determinar una cuota para la manutención de los mismos.

"En el desquite judicial, siendo la mujer inocente

---

(37) Clovis Bevilacqua, ob. cit., vol. II, pág. 220.

te y pobre, le prestará el marido la pensión alimenticia que el juez fijase", dice el art. 320 del Código Civil . En este, la posición del juez se hace notar con más relieve; determinará la obligación de alimentar, que al marido culpable corresponde respecto a su esposa, inocente y pobre, atendiendo a las posibilidades del marido y las necesidades de la mujer. Los bienes serán repartidos - con la supervisión del juez, que fijará la contribución necesaria para los hijos, obligación que recae sobre el culpable, y si ambos lo son, sobre los dos. Todavía, incluso cabrá al cónyuge inocente una parte de los alimentos que corresponden a la educación y crianza de los hijos, que en general quedan bajo su guarda, salvo que el juez decida lo contrario, en beneficio del menor.

En nuestro antiguo Derecho, la dote se mantenía después del desquite, y era entregada a la administración de la mujer, cuando era inocente, y en caso de desquite amigable, tenían los cónyuges la libertad de regular el caso como mejor les pareciese. El Código actual ha modificado este aspecto, que sólo puede merecer la mejor acogida; la dote ha sido creada para mantener la vida conyugal, y desde el momento en que ésta sea disuelta, no hay razón para conservar este lazo económico, con sus privilegios y garantías, teniendo en cuenta que los consortes



no pueden tolerar más la vida en común. Así, la dote deberá ser restituida después de la disolución de la sociedad conyugal (art. 300). En este sentido se manifiestan diversos Códigos, entre los cuales podemos apuntar el español (art. 1.365) y el francés (art. 1.564).

La idea de alimentos, que acompaña al matrimonio desde su iniciación, prolongándose durante la vigencia - del matrimonio, manteniéndose bajo ciertas normas, durante el proceso de la disolución conyugal, conserva su fuerza hasta después de dissuelto el casamiento.

El cónyuge cuando carece de alimentos, debe dirigirse primeramente a su consorte, antes de hacerlo a sus parientes, ya en el proceso de disolución, ya después de éste. Durante el matrimonio, regirá la obligación recíproca de mutua asistencia.

No obstante, no teniendo la posibilidad de que el cónyuge suministre una pensión alimenticia, el necesitado recurrirá a sus parientes, comprobando, naturalmente, esta situación anómala.

Lo mismo se verifica cuando el marido se encuentra ausente, en lugar incierto o ignorado; la mujer, - cumplidas las formalidades legales, podrá dirigirse a - sus parientes con el fin de conseguir alimentos. En este caso, el pariente podrá recuperar la cantidad sumi-

nistrada a la mujer, pues la obligación del marido no desaparece, tanto en la hipótesis de mala fe por su parte, como por desidia, apartándose para huir de la obligación.

El cónyuge culpable, como no puede dirigirse a su consorte, tendrá derecho, sin embargo, de solicitar alimentos de sus parientes; lo mismo puede decirse cuando la mujer haya renunciado a los alimentos y venga a necesitar de ellos.

#### EL FACTOR CULPA EN LA DETERMINACION DE LOS ALIMENTOS

##### ENTRE LOS CONYUGES

66. La idea de culpa se encuentra íntimamente ligada al instituto de los alimentos después de disuelto el matrimonio. Fernández Clérigo (38) informa que aunque se verifique la disolución de la sociedad conyugal, debido al divorcio, el derecho de alimentos subsiste, en casi todas las legislaciones entre aquellos que fueron cónyuges, atribuyéndose al inocente y recayendo la obligación sobre el culpable. Así, esta obligación no deriva del matrimonio que desapareció, sino del hecho de haber ocasionado culpablemente el divorcio.

---

(38) Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 152.

La doctrina francesa tiene toda su teoría basada en la culpa. "En ningún caso -explica Josserand, (39)- el cónyuge culpable podrá obtener, salvo para los hijos cuya guarda tuviera, una verdadera pensión de alimentos con ocasión del divorcio, porque fué éste quien cometió el delito cuya reparación no podría perseguir contra su propia víctima".

El derecho español también se atiene a la culpa, indistintamente, de uno u otro cónyuge, para los efectos de alimentos, conforme se podrá ver en el nuevo art. 73, apartado quinto, modificado, en parte, por la Ley de 24 - de abril de 1958 (40).

---

(39) Josserand, ob. cit., tomo I. vol. II, pág. 307.

(40) "En caso de separación judicial -dice Beltran de Heredia, cit., págs. 46 y 47 - aunque no se rompa el - vínculo matrimonial, cesan casi todos los efectos - personales y patrimoniales que el matrimonio produce y únicamente el cónyuge declarado inocente conserva los derechos inherentes a su cualidad de cónyuge y, en consecuencia, el derecho al mantenimiento suyo y de la prole a cargo del cónyuge declarado culpable. Mientras que el cónyuge por cuya culpa se ha producido la separación no tendrá más que derecho a alimentos, derecho supeditado, naturalmente, a que se encuentre en un estado de necesidad". Adelante, no aprueba la reforma operada en el art. 73, nº 5, diciendo: "Con todos los respetos para la Ponencia de la Comisión de Justicia- (al tiempo que ha escrito - su trabajo, la reforma a que nos referimos no estaba aún convertida en Ley)- estimamos que no es acertada la reforma introducida en este número 5 del art. 73 por muy duro que parezca imponer al cónyuge inocente la obligación de tener que alimentar al cónyuge culpable cuando se encuentre en necesidad". Añade, después: "Es evidente que el cónyuge separado y declara

En el derecho alemán pasa lo mismo. Kipp y Wolff (41), nos informan de que con la disolución del matrimonio se extingue la prestación alimenticia, pero, en caso de divorcio subsiste la obligación contra el culpable exclusivamente. Lehmann (42) también se manifiesta, al analizar los efectos del divorcio, señalando que la continuación del deber de alimentos es una de las más importantes consecuencias patrimoniales, pues si tal no existiera, sería un motivo para verse el cónyuge culpable libre de esta obligación, provocando el divorcio. En principio atañe solamente al cónyuge declarado único culpable; declarando el divorcio sin culpa, recae la obligación en aquel - que lo ha solicitado, según la equidad, y habiendo culpa de ambos, a ninguno se impone el deber de alimentos.

---

.... do culpable que se encuentra en estado de necesidad no queda desamparado en cuanto que, por orden de prelación del art. 144 podrá dirigirse en demanda de alimentos a los hijos, a los padres y aún a los hermanos; pero, subsistiendo como subsiste el vínculo conyugal a pesar de la separación, es el cónyuge más - que a ningún otro pariente a quien equitativa y moralmente corresponde a las necesidades del cónyuge - separado cuando se encuentre en estado de necesidad, y no puede atender a su propia subsistencia". Pensamos, no obstante las razones presentadas por este autor, que la reforma del art. 73, nº 5, del Código Civil español, merece los más efusivos encomios.

(41) Kipp y Wolff, ob. cit., tomo IV, vol. I, pág. 204.

(42) Lehmann, ob. cit., págs. 255 y sgts.

Otros Códigos resaltan también el factor culpa para la imposición del deber de alimentos. Por ejemplo, el Código peruano, en el art. 260, dispone que si se declara el divorcio por culpa del marido y la mujer no tiene bienes propios ni gananciales suficientes, ni está acostumbrada a subvenir a sus necesidades con el producto de su trabajo lucrativo, el juez asignará en favor de ella una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta de aquél".

La ley argentina de Matrimonio Civil, en su art. - 79, establece que "el marido que hubiese dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer, si ella no tuviera medios propios suficientes. El juez de - terminará la cantidad y forma atendidas las circunstan - cias de ambos". En el artículo siguiente apunta la idea de necesidad, de proporcionalidad, sin hacer alusión al - sexo del cónyuge, a su culpabilidad o a su inocencia, diciendo así: "Cualquiera de los esposos que hubiera dado - causa al divorcio tendrá derecho a que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad". Borda (43), comentando los efectos del divorcio vincular en su patria, dice que "si

---

(43) Borda, ob. cit., vol. II, pág. 372.

la disolución del vínculo ha sido pedida por el cónyuge único culpable, es indudable que su obligación alimenticia respecto del inocente, se mantiene intacta". Añade más adelante: "En cuanto al inocente, consideramos que pierde su derecho si él pide la disolución, o si, aunque pedida ésta por el culpable, hace uso de ella contrayendo nuevo casamiento".

La ley cubana se basa en la culpabilidad y también en la necesidad, pero desarrolla el principio de la proporcionalidad entre los medios del alimentante y las necesidades del alimentista, informa Fernández Clérigo - (44).

El Código Civil brasileño consagra el factor culpa en cuanto a la percepción de los alimentos después de la disolución matrimonial, ligada al factor necesidad, - pues dice el art. 320 que: "En el desquite judicial, siendo la mujer inocente y pobre, le prestará el marido la pensión alimenticia que el juez fijase".

NATURALEZA JURIDICA DE LA PENSION ALIMENTICIA ENTRE  
CONYUGES

67. La culpabilidad del marido da lugar al decreto de desquite y como consecuencia al establecimiento de u-

---

(44) Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 154.

na pensión alimenticia, que se subordina a la necesidad de la mujer.

Decimos que el desquite termina la sociedad conyugal, tornándose los consortes personas extrañas uno al otro. No obstante, el desquite acarrea consecuencias de tipo alimenticio, establecidas por el art. 320, con una naturaleza jurídica que pasaremos a analizar.

Este tema ha proporcionado a la doctrina muchas y variadas opiniones. Podemos observar que los alimentos determinados después del desquite no se pueden basar exclusivamente en la materia de alimentos, porque aunque el cónyuge esté necesitado no tendrá derecho si ha sido considerado como culpable, no importando que el inocente tenga vastos recursos. Esta idea se contradiría con la que afirmamos al principio del trabajo, pues la concesión de alimentos debe basarse en el criterio de necesidad del reclamante y posibilidad financiera del reclamado (art. 399) Tal es el principio valedero para los alimentos entre parientes; observamos, entonces, que entre los cónyuges, - deshecha la sociedad conyugal por el desquite, hay un requisito ajeno y distinto de los señalados anteriormente : la culpabilidad.

Lo cierto es que constituye una sanción el deber de prestar alimentos por aquel que ha provocado la ruptu

ra de la vida matrimonial, viniendo, con esto, a compensar el perjuicio sufrido por el cónyuge inocente. El deber recíproco del matrimonio es transformado en unilateral, incumbiendo la obligación a aquel que ha dado causa a tal estado de cosas.

En el derecho francés, el Código habla de pensión alimenticia, después del divorcio, en el art. 301. Para algunos autores, como Laurent (45), tal pensión constituye alimentos siendo equiparada al deber de ayuda que un cónyuge suministra al otro, cuando no viven juntos; sería una continuación del deber de socorro después del divorcio.

Planiol y Ripert (46) hacen resaltar que "esa teoría tropieza con graves objeciones". Observan que el deber de socorro es recíproco y que en este caso la pensión sólo será concedida al cónyuge inocente. "Dicha obligación tendría después del divorcio, más que nunca, el carácter de una indemnización" que a su vez ocasiona algunas objeciones. La pensión estipulada por el art. 301 puede ser revocada, lo que contraría al carácter de

---

(45) Laurent, apud Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, pág. 496, nota 3.

(46) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, páginas 497 y sgts.



una indemnización, que es siempre definitivo: no hay objeto de una reparación de todo el perjuicio sino el de la desaparición del deber de socorro. Por otro lado, hacen referencia al límite del tercio de los ingresos destinados "a evitar que el juez olvide el carácter alimenticio de la pensión y no reduzca a la miseria al que está obligado a subvenirle". Por fin, añaden que "la jurisprudencia admite esta concesión de daños y perjuicios y si no se precisara de primera intención el carácter de indemnización de la pensión, no se la comprendería bien".

Colin y Capitant (47) se manifiestan en el sentido del perjuicio causado por el esposo culpable al otro, debido al divorcio. Otros autores, basados también en el perjuicio, entienden que la pensión tiene un carácter de indemnización. Se trataría, pues, no de una prolongación del deber de alimentar entre los consortes, sino de una obligación que tenía por objeto reparar las consecuencias de un acto ilícito. Resaltan Colin y Capitant (48) que la penuria del cónyuge inocente debe existir antes de la disolución del matrimonio, porque en caso contrario su desvalimiento no tiene base en el divorcio, no

---

(47) Colin y Capitant, ob. cit., tomo I, págs. 733/734.

(48) Colin y Capitant, ob. cit., tomo I, pág. 734.

concibiéndose que el antiguo esposo fuera condenado a pasarle alimentos, y apuntan jurisprudencia aplicable.

Josserand (49), analizando las dos corrientes opuestas, de indemnización y alimentos, apunta una tercera conciliatoria. Se manifiesta diciendo que "existe en cada una de las concepciones opuestas, una parte de verdad, y sería excesivo considerar que la pensión después del divorcio está sometida "a todas las reglas prescrites en materia de alimentos"; tal fórmula sería demasiado absoluta". Añade: "En realidad, esta pensión es una pensión alimenticia por vía de indemnización; presenta un carácter mixto: participa de las reglas especiales aplicables a los créditos de alimentos y del derecho común de la responsabilidad".

Autores patrios se dividen en opiniones diversas. Creemos que la opinión más acertada se encuentra en Josserand, cuyos principios pueden ser aplicables al desquite, mutatis mutandis.

Resaltemos algunos de los aspectos que presentan los alimentos después del desquite; como caracteres alimenticios podemos apuntar la necesidad de un cónyuge y la posibilidad económica del otro, la revisión, y su for

---

(49) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, págs. 333 y sgts.

ma de pago, que obedece a lo establecido entre los parientes; como caracteres de indemnización tenemos que sólo - podrán ser pasados alimentos al cónyuge inocente, no derivándose de los deberes recíprocos entre los consortes, (art. 231, III), y también un aspecto que no tendría cabida en la obligación alimenticia entre los parientes, a saber, la renuncia.

Resalta, en vista de lo expuesto, que no se trata sólo de alimentos, ni tampoco, exclusivamente de indemnización. Hay huellas de ambas cosas: indemnización que se traduce en alimentos y prestación alimenticia a título de indemnización, obedeciendo a circunstancias propias, por determinación legal.

Lo que se aplica aquí, al desquite, son principios idénticos a los que se aplicarían al divorcio absoluto, con relación a los alimentos. Pero, podría surgir una duda en lo que se refiere a la diferencia de consecuencias del desquite y del divorcio. La diferencia entre los dos es que en el primero, en el desquite, se operan los mismos resultados que en el divorcio absoluto, - con el único matiz diferenciador de no poder el desquitado contraer nupcias, mientras viva su consorte. En el principio de este título ya hemos mencionado los efectos del desquite.

Además del art. 320, que determina la obligación de alimentar por parte del culpable al cónyuge inocente y pobre, podríamos buscar la razón del cumplimiento del perjuicio sufrido en el art. 159: "Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violase derecho o causase perjuicio a otro, queda obligado a reparar el daño".

Con el principio de la pensión alimenticia por vía de indemnización, no podríamos encontrar fundamento suficientemente fuerte en los alimentos entre los parientes (arts. 396 a 405), ni tampoco en los deberes recíprocos entre los esposos (art. 231, III) -tales deberes dejan de existir con el establecimiento del desquite (art. 231, I, II, III)- ni mucho menos en la obligación del marido a sustentar a la mujer (art. 234). En cuanto a los hijos, hay disposiciones propias.

Así, estamos conformes plenamente con el carácter apuntado por Jossierand; hay en este aspecto, una pensión alimenticia por vía de indemnización. Se subordina a los principios de los alimentos, pero no de un modo absoluto; su concesión tiene carácter de indemnización, pero su pago, fijación y revisión llevan en sí principios aplicables a los alimentos.

EL REQUISITO DE LA INOCENCIA

68. Para que el cónyuge femenino obtenga una prestación alimenticia, como consecuencia del desquite litigioso es necesario que, además de ser pobre, sea inocente. Estos requisitos deben siempre coexistir en todo momento y no solamente en el que es dictada la sentencia.

No debe seguir recibiendo la protección alimenticia la mujer que, después de obtenida, pase a llevar una vida disoluta, viviendo en concubinato o llevando una vida deshonesta. La exoneración del deber de alimentar, - en tales casos, es obvia y fuera de cualquier duda.

El Código Civil mexicano estatuye que la mujer - pierde el derecho a los alimentos obtenidos por el divorcio cuando pase a vivir deshonestamente o cuando contrae otro matrimonio (art. 288). La situación de la mujer, - en el derecho argentino, obedece a este mismo principio; la obligación de alimentar a la mujer cesa cuando no - lleve una conducta decorosa y honesta. El art. 17 de - la Ley cubana establece que la obligación alimenticia cesa por muerte del alimentado, por contraer éste nuevo - matrimonio o por vivir el mismo en concubinato.

Si la causa del divorcio es la enajenación mental, única inculpable que el Código alemán admite, el -

esposo sano debe suministrar al enfermo una pensión alimenticia, como si aquel hubiese sido declarado culpable - (art. 1.583), informa Fernández Clérigo (50), y añade más adelante que este principio de la legislación alemana no es de derecho estricto, siendo posible su modificación - por obra de la voluntad de los interesados, mediante los pactos que establezcan.

En diversas legislaciones, la inocencia de la mujer hace que ella sea premiada con la pensión alimenticia después de dictada la sentencia que pone fin a la vida en común. Para que continúe obteniéndola, debe llevar una conducta honesta, pues una vez desviada del buen camino - ya no podrá volver, bajo el aspecto moral, a diferencia - de lo que ocurre con la pobreza que puede desaparecer. - Hay, pues, un vaivén de acuerdo con las circunstancias: - quien es pobre puede llegar a ser rico y después volverse pobre otra vez; pero, si la mujer es honesta y deja de - serlo, ya no podrá volver al estado primitivo. La exoneración del marido, en este caso, es definitiva.

En principio la mujer que pasa a vivir maritalmente con otro hombre, pierde el derecho a la pensión, que, en el fondo, es dada en homenaje a su recato, a su situación de pobreza y desamparo, que tuvo nacimiento con el

---

(50) Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 153.

desquite. No es justo que al marido se le obligue a pasar una determinada cantidad para sustentar el futuro - mal comportamiento de la esposa, exponiéndose, de esta - manera, a sostener también, al amante que así no necesita mantener a su compañera.

Si la mujer separada no desea permanecer en su - estado de recato, nada impide que siga sus impulsos inte - riores; puede querer amancebarse o constituir un nuevo hogar, en sustitución al deshecho, pero debe tener en - cuenta que obrando de esta manera cargará con las consecuencias de su acción, no pudiendo contar con la pensión pasada por su ex-marido. El nuevo compañero, que reem - place el lugar del marido, debe ocuparlo también en el - aspecto económico.

La petición de exoneración deberá ser analizada muy bien por el juez, con el fin de evitar abusos, ya - que no existe deber de fidelidad.

Los mismos principios regulan el desquite por mu - tuo consenso y el litigioso; una vez propuesto el desqui - te amigable no podrá ser transformado, más tarde, en li - tigioso, pero ambos cónyuges, cumplidos ciertos requisi - tos, pueden volver a vivir nuevamente bajo el mismo te - cho.

En el desquite litigioso se exige explícitamente

la vida honesta, que queda declarada en la sentencia; en el de mutuo consenso esta cláusula está implícita, aunque a veces las partes la hacen expresa. Por ello, cuando la mujer supone que no podrá mantener vida solitaria, exige que la pensión sea dada "cualquiera que sea su estado futuro", y si el marido está de acuerdo, así se hará.

#### EL REQUISITO DE POBREZA

69. Explicamos en el número anterior el factor inocencia, establecido por el art. 320, del Código Civil, y hay otro no menos importante: pobreza. Así, para el establecimiento de los alimentos no basta la inocencia de la mujer, siendo imprescindible su pobreza.

Si la mujer es poseedora de bienes suficientes para mantenerse, no hay razón para que se le conceda una pensión, incluso siendo ella inocente. Si por cualquier circunstancia la esposa precisase de ellos, podrá pedirlos, y su pedido deberá ser atendido. Esto porque en la fijación de los alimentos se deben tener en cuenta las reglas establecidas para la obligación de alimentar entre parientes. Si la mujer trabaja, obteniendo ingresos que le cubran sus gastos normales, atendiendo, por otra



parte, a su posición social, no tiene por qué solicitar una pensión.

Pero, obteniendo el marido altos rendimientos, y aunque la mujer trabaje, siendo mal remunerada, es justo y natural que el marido contribuya para aumentar los ingresos con que la mujer puede contar mensualmente, manteniendo así el mismo rango de vida que tenía anteriormente.

El vocablo "pobreza" tiene un sentido relativo, y no absoluto; las necesidades serán adaptadas a los recursos de quien debe pasar los alimentos que variarán según las posibilidades económicas, y cubrirán los gastos, excluidos, como es lógico, los superfluos.

Pedirá el marido exoneración de su carga cuando la mujer, que al ser decretada la disolución de la sociedad conyugal era pobre, se torna afortunada; en la determinación y obtención de alimentos deberá estar siempre - presente la proporcionalidad, basada en la verdadera necesidad del beneficiado, aunque sea ésta observada bajo el ángulo de la relatividad.

La obligación del marido está siempre en plan - potencial; será solicitado siempre que haya necesidad, pudiendo ser también exonerado cuando las circunstan - cias así lo determinen. Si aumentan los recursos econó

ricos del marido puede la mujer solicitar una mejora; ésta, también podrá ser pedida en caso de que aumenten las necesidades de la mujer, debidamente comprobadas.

Sufre, pues, variaciones bien acentuadas la obligación alimenticia debida al cónyuge inocente y pobre, - que obedecen por un lado a las reglas de los alimentos y por otro a normas particulares derivadas del perjuicio - ocasionado, siendo pues, una pensión alimenticia por vía de indemnización.

#### RENUNCIABILIDAD DE LOS ALIMENTOS EN CASO DE DESQUITE

70. ¿Cabría la renuncia de los alimentos entre los - cónyuges separados por el desquite?. En nuestro modo - de sentir, la contestación es afirmativa.

Al tratar de las características de los alimentos, señalamos que la renuncia no estaba admitida, ya - que es bien claro y taxativo el art. 400: "Se puede de - jar de ejercer, pero no se puede renunciar el derecho a los alimentos".

No existe incoherencia en la primera afirma - ción; ahí se trata de deuda alimenticia entre los cón - yuges, y como tiene un fundamento distinto, pues es - una pensión alimenticia por vía de indemnización, no -

se orienta en todos los puntos por los principios del de recho de alimentos.

Lo que es irrenunciable es la deuda de alimentos entre parientes, debido al derecho de sangre; por tratarse de una materia de orden público, determinado por la Ley, no tiene valor la voluntad de las partes. No pasa lo mismo con los alimentos entre los cónyuges, que tienen como origen el desquite. El fundamento es diferente: es una indemnización por el perjuicio causado, y nadie está obligado a recibir una cosa que no desea. Una vez terminada la sociedad conyugal los consortes se vuelven personas extrañas una para la otra, y no siendo parientes o no teniendo ningún lazo de sangre, no vemos razón para que no se pueda renunciar a los alimentos. La obligación de alimentos entre los cónyuges nace, en caso de desquite litigioso, de la decisión del juez, y, si se trata del amigable, del acuerdo de las partes debidamente homologado por la autoridad judicial (51).

---

(51) Establece el art. 642, del Código de Procedimiento Civil: "El desquite por mutuo acuerdo será requerido en petición firmada por los cónyuges, o a su ruego, si no saben o no pueden escribir, acompañada de certificado del casamiento realizado hace más de dos (2) años, y si concurre alguno de estos requisitos: ...IV: declaración del importe ajustado para la crianza y educación de los hijos y de la pensión alimenticia del marido a la mujer, si esta no dispone de bienes suficientes para mante nerse".

No se podrá decir que el cónyuge dejará de ejercer el derecho de reclamar los alimentos, como acontece con la obligación alimenticia entre parientes, sin renunciarla. El cónyuge, deseando renunciar a los alimentos, lo hará así, pues en caso contrario queda latente esta obligación del marido. Años más tarde, si la mujer necesitare, los exigirá.

En nuestro modo de sentir, la renuncia tendrá - que ser expresa, y una vez hecha, en tiempo futuro la mujer no los podrá reclamar. Sin embargo, si la renuncia está basada en error por parte de la mujer o dolo - por parte del marido, cabe acción para anular este acto, que lleva en si una característica de nulidad.

Planiol y Ripert (52) se manifiestan en este - sentido; los cónyuges pueden, de modo facultativo, establecer directamente acuerdo para la modalidad y cuantía de la pensión. Señalan que el art. 301 no tiene carácter de orden público, pues su disposición no constituye una consecuencia necesaria del divorcio; la víctima de un acto culposo puede en todo momento fijar, por mutuo acuerdo la reparación a que tiene derecho, transigiendo o renunciando. Jossérand (53) participa del mismo

---

(52) Planiol y Ripert, ob. cit., tomo II, págs. 499 y sgts.

(53) Jossérand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 336.

modo de pensar; el esposo acreedor de la pensión puede renunciarla, incluso para el futuro, lo que no sería posi - ble si se tratase de pensión exclusivamente de alimentos.

Ya sabemos que en el desquite amigable, los cónyuges acuerdan lo que uno debe prestar al otro, y el juez - homologa la resolución que han tomado. El acuerdo es to - talmente libre, no tratándose de cónyuge culpable; los a - limentos que el marido desea pasar a la mujer constitui - rán un favor, pero si se siente culpable, los dará a títu - lo de transacción.

Ahora bien, la Ley nº 968, de 10 de diciembre de 1939, con el objeto de defender la sociedad conyugal y, - principalmente, el decoro público, evitando el escándalo que a veces se da en ciertos desquites litigiosos, funda - dos en motivos graves, ha determinado que, en tales casos, el juez intente la conciliación de los cónyuges y, si no lo consigue, les aconseje el desquite amigable, si el casamiento ha sido realizado hace más de dos años. Trata esta materia, concretamente, el art. 4º.

Digamos de paso que una vez establecido el desqui - te amigable, no será posible otra acción para transformar lo en litigioso. El juez no debe ni puede intervenir en el desquite por mutuo consenso -proceso de jurisdicción voluntaria- para alterar o modificar el acuerdo de las -

partes, o parte de él, declarando la nulidad o la inoperancia de tales o cuales condiciones; el desquite amigable, evidentemente, importa una transacción entre los cónyuges. Señalemos, para una mejor comprensión, que el juez homologa el acuerdo de las partes, observando si los preceptos legales han sido observados, caso en que determinará su debida corrección.

Supongamos que un marido tenga fundamento bastante para una acción de desquite contra su mujer, incluso por adulterio; pero, no queriendo dar a conocer en público tales razones, evitando la repercusión de los hechos que pueden perjudicar a la mujer, y mucho más a los hijos, acuerda solucionar la cuestión por vía de un desquite amigable -pues siendo por vía judicial, esto es, litigioso, la mujer no tendría derecho a alimentos, por haber vulnerado uno de los cánones establecidos por el art. 320, esto es, por culpa-. Elige el marido el desquite amigable con una condición: que la mujer renuncie a los alimentos. Como ya dejamos claro, si no hay cláusula expresa en este sentido en el acuerdo establecido, en el desquite amigable, la mujer podrá en el futuro exigir los alimentos y el marido, si está en condiciones, tiene que pasarlos, ya que en este tipo de desquite no aparece la culpa, quedando encubierta.

Surge esta pregunta: ¿No es plausible y de entera justicia que haya renuncia de los alimentos entre los cónyuges?. Pensamos que la respuesta no podrá ser otra que la afirmativa.

La jurisprudencia ha sido unánime en afirmar la posibilidad de renuncia de alimentos entre los cónyuges, tratándose de desquite por mutuo acuerdo. En cuanto al litigioso, la cuestión no ha sido resuelta simplemente - porque las hipótesis de renuncia son muy raras, y el cónyuge prefiere mantener su derecho para echar mano de él, en el porvenir, cuando haya necesidad. Con todo, defendemos también el punto de vista de la renuncia de los alimentos cuando se trata de desquite judicial, pues la mujer inocente puede tener razones para hacerlo así.

#### ALIMENTOS AL CONYUGE MARIDO

71. ¿Podrá el marido ser alimentado por la mujer, - después de decretada la disolución de la sociedad conyugal?.

Durante la convivencia matrimonial, existe el deber legal de la mutua asistencia (art. 231, III). Manifestamos ya nuestro pensamiento sobre la cuestión de ser alimentado el marido por la mujer, de modo afirmati-

vo, durante el proceso de la disolución del matrimonio ,  
teniendo como base este mismo deber de mutua asistencia,  
derivado de los deberes recíprocos y obligaciones naci -  
das del enlace matrimonial.

No obstante, no se puede aplicar idéntico princi  
pio al caso presente, ya que no existe el matrimonio, en  
contrándose éste disuelto por el desquite. Pero, deja -  
mos bien claro que con la disolución de la sociedad con -  
yugal la pensión alimenticia lleva consigo un carácter -  
diferente del de los simples alimentos: hay indemniza -  
ción por el daño causado y alimentos, o mejor, como dice  
Josserand, una pensión alimenticia por vía de indemniza -  
ción. El factor culpa asoma aquí con gran relieve.

La disposición legal -art. 320- se refiere expli -  
citamente a la obligación del marido para con la mujer ,  
cuando ésta es inocente y pobre. La pensión así estipu -  
lada tiene por objeto, creemos, la sustitución del deber  
que desaparecería con la sentencia de desquite. Es cier  
to que la pensión se establece como resarcimiento del -  
perjuicio ocasionado por culpa del esposo, en vista de -  
haber llegado al fin el matrimonio, y con esto, termina -  
do la ayuda recíproca. Aunque con el carácter de indem -  
nización, de acuerdo con nuestro punto de vista, en la -  
pensión hay también caracteres del derecho de alimentos.



Participa, pues, de las reglas del crédito alimenticio y de la responsabilidad. En el fondo, viene a ser una indemnización limitada a la compensación por la pérdida del derecho de los alimentos.

Pero si el art. 320 se refiere con exclusividad a la obligación del marido de prestar una pensión alimenticia, después del desquite, a la mujer inocente y pobre, el art. 159, que ya mencionamos, trata del resarcimiento del perjuicio que una persona pueda sufrir.

Sosteniendo, como venimos haciendo, que la pensión alimenticia después del desquite tiene también carácter de indemnización, no está demás afirmar que en el caso de ser el marido inocente y necesitado, la mujer lo debe ayudar con la pensión alimenticia, siempre que pueda hacerlo.

Teniendo recursos la mujer y dando motivo al desquite, no vemos por qué razón no podrá pasar la "pensión-indemnización". Sin embargo, para que tal ocurra, es necesario que la mujer, antes del desquite, sostuviese al marido, por encontrarse éste enfermo, o inválido, no pudiendo trabajar, pues si así no fuese, no habría daño efectivo, para el marido, con el desquite.

Imaginemos un caso en el cual el marido inválido, necesitado e incapaz para el trabajo, viene siendo sus -

tentado por la mujer, que con su empleo obtiene altos rendimientos, mientras persiste el matrimonio; es claro y - fuera de duda que la obligación de la mujer de sustentar a su consorte es patente. ¿Qué haría el marido, si la mujer empezase a cometer adulterio abiertamente?. ¿Perder la propia subsistencia, promoviendo la pertinente acción de desquite o conformarse con tal situación, para no perder los alimentos que la mujer adúltera lo pasa?. La solución primera, promoviendo el desquite y quedándose sin los alimentos sería inhumana e antijurídica; la otra, cerrando los ojos al proceder nefando de la mujer para garantizar su subsistencia, sería inmoral. Así resulta el absurdo de no ser posible que el marido pueda conseguir una pensión alimenticia por parte de la esposa, cuando - ésta da motivo al desquite, y el marido se encuentra imposibilitado para trabajar.

Nada más justo que la existencia de la posibilidad de que el marido sea sustentado por la mujer que tenga recursos, en el caso del desquite por culpa de esta - última, cuando ya venía siendo proporcionada a aquel una pensión alimenticia durante la convivencia matrimonial , por encontrarse necesitado e incapaz para el trabajo.

La aplicación del art. 159 al caso de la pensión alimenticia después del desquite, en los moldes del pro-

blema planteado, es la solución verdadera, lógica y acertada, satisfaciendo así el carácter mixto de indemniza - ción y alimentos.

Diversas legislaciones consagran en su articula - do este principio, esto es, la obligación de alimentar - por parte de la mujer al marido necesitado e inocente; - igualmente lo hace la doctrina.

El Código Civil de México para el Distrito y Te - rritorios Federales concede, en principio y de manera ge - neral el derecho de alimentos a la mujer inocente y tam - bién al marido inocente, pero sólo cuando carezca de me - dios económicos para subsistir y esté, además, imposibi - litado para trabajar (54).

La Ley de Matrimonio Civil, en Argentina, dispo - ne en el art. 79 que "el marido que hubiere dado motivo al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mu - jer, si ella no tuviera medios propios suficientes. El - juez determinará la cantidad y forma, atendidas las cir - cunstancias de ambos". Borda (55), aclarándolo, señala - que a la mujer, para reclamar los alimentos, le basta la

---

(54) Cf. Fernández Clérigo, ob. cit., pág. 155.

(55) Borda, ob. cit., vol. II, pág. 370/371.

carencia de medios, no habiendo necesidad de demostrar la imposibilidad de adquirirlos con el trabajo. Más adelante añade que "el marido inocente también puede reclamar alimentos de la esposa culpable; pero debe demostrar no sólo la falta de recursos, sino también la imposibilidad de procurárselos con su trabajo". El art. 80 de la misma Ley impone la obligación a los cónyuges indistintamente, sin atenderse al sexo, inocencia o culpabilidad, - estando la adquisición de los alimentos subordinada simplemente al criterio de necesidad. Está así redactado : "Cualquiera de los esposos que hubiere dado motivo al divorcio tendrá derecho a que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese - de toda necesidad".

El Código Civil peruano señala en el art. 260 la obligación del marido culpable de pasar una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de su renta a la mujer, cuando ésta no tenga bienes, ni gananciales, - ni esté acostumbrada a obtener recursos con su trabajo . En el siguiente, art. 261, determina que: "lo dispuesto en el artículo anterior regirá a favor del marido en caso de declararse el divorcio por culpa de la mujer, si - ésta fuere rica y el marido pobre e imposibilitado para el trabajo".

El Código chileno, en el art. 174 establece la obligación del marido que ha dado motivo al divorcio de pasar los alimentos a la mujer divorciada. Ya en el art. 175 dispone que, incluso la mujer culpable, tiene "derecho a que su marido la provea de lo que necesita para su modesto sustento", continuando con normas para la orientación del juez que fije los alimentos. Vamos a transcribir el siguiente que se refiere específicamente a lo que estamos tratando: Art. 176: "El marido que se encuentre en indigencia tiene derecho a ser socorrido por la mujer, en lo que necesite para su modesto sustento, aunque él sea el que ha dado motivo al divorcio, pero en este caso el juez, al regular la contribución, tendrá en cuenta la conducta del marido".

Analizando los efectos del divorcio, nos da cuenta Lehmann (56) de que en el derecho alemán la mujer declarada única y mayor culpable, solamente está obligada a alimentar proporcionalmente al marido cuando sea imposible a éste mantenerse por sí mismo, bien sea con el producto de su trabajo o con su capital.

Al recaer sobre el marido la mayor responsabilidad del cumplimiento de la pensión alimenticia y a la mu

---

(56) Lehmann, ob. cit., pág. 258.

jer sólo en plan secundario, se hace necesario que las pruebas que determinen la obligación por parte de la mujer sean detenidamente analizadas. Es preciso, pues, - que el marido se encuentre en absoluto estado de necesidad, estando inválido o incapaz para el trabajo; tendrá que observarse si la mujer tiene recursos en grado tal - que le permitan suministrar alimentos al marido, que no ha dado motivo a la disolución de la sociedad, sin que - con este se vea privada de atender a sus propias necesidades. Además, tiene que concurrir otro requisito, y es aquel que se refiere al sostenimiento del marido, por parte de la mujer, antes de la efectividad del desquite, o mejor, que la subsistencia del cónyuge marido venía siendo hecha mientras perduraba el matrimonio, pues de lo - contrario no habrá un daño efectivo.

Conviene aclarar, sin embargo, que el marido debe probar el daño ocasionado con el cese de la vida conyugal en común, pues mientras perdura el matrimonio estaba imposibilitado o incapacitado para ejercer cualquier profesión lucrativa y era asistido por la mujer. Esta, en caso inverso, o sea, si era inocente y pobre, no necesitaría estar imposibilitada para trabajar; bastaría demostrar que no trabaja y no tiene recursos, o, incluso, que no desea trabajar, dedicándose, pura y simplemente,

a las tareas del hogar. Además, no necesitaría probar - que el marido la sustentaba, en vista de la obligación - principal de aquél, como jefe de la sociedad conyugal.

#### ACUERDO Y FIJACION

72. En el desquite amigable, la pensión alimenticia que los cónyuges firman, está basada en el acuerdo a que ellos llegan; el juez simplemente lo homologa, obteniendo de esta forma fuerza jurídica. Cabe, también, un principio de acuerdo en el desquite judicial en cuanto a la pensión, que siempre servirá de base para la determina - ción del "quantum" por el juez.

La Ley 968, de 10 de diciembre de 1939, tantas - veces mencionada, procura dar al juez datos concretos pa - ra el establecimiento de la pensión, pues determina con - cretamente que el magistrado debe acudir a todos los me - dios para que las partes se reconcilien o transijan, oyendo personalmente a los litigantes, separada o conjunta - mente (art. 1º y 2º). Con esto, el juez tendrá fuertes - elementos para orientar su decisión.

Es característica de los alimentos que la obliga - ción sea personal; cesará, pues, con la muerte del bene -

ficiado o ex-cónyuge inocente o con igual hecho del obligado, o ex-cónyuge culpable. Legislaciones hay, con limitaciones propias, que disponen de forma distinta. Así, entre otras, la francesa; veamos lo que dice Josserand - (57), comentando el efecto del fallecimiento del cónyuge divorciado: "En defecto de una persona viviente, es la sucesión del premuerto la obligada a suministrar al superviviente los alimentos de que tiene necesidad... El art. 205, párrafo 1º, concede al esposo superviviente un plazo de un año para reclamar los alimentos a que tiene derecho; dicho plazo se cuenta a partir del fallecimiento... y no podrá ser prorrogado, pero en caso de partición, se prolonga hasta que ésta termine".

Entre nosotros, empero, no se verifica tal cosa debido a ser la obligación alimenticia personal, establecida entre los cónyuges durante la sociedad conyugal, y que después de disuelta por el desquite constituye una indemnización, no hay motivo para extender tal obligación, una indemnización traducida en alimento, después de la muerte de uno de los ex-cónyuges, excepto en el caso, claro está, de prestaciones vencidas y no pagadas.

En cuanto a los bienes, cuando se disuelve el matrimonio, se dividen como si hubiese ocurrido la muerte:

(57) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, pág. 309 y sgs.



Siendo el desquite amigable, el juez homologará el acuerdo a que han llegado los cónyuges en la regulación de sus intereses. En el litigioso, será hecha la partición de los bienes comunes, recibiendo cada cónyuge su parte, y al cónyuge culpable se le fijará la contribución para el sustento del inocente y de los hijos.

En el derecho francés, informa Josserand (58) que "el marido, aún obteniendo el divorcio a su favor, es condenado a pasar a la mujer, en el matrimonio contraído en régimen de comunidad de bienes, una pensión mensual, hasta la completa liquidación de la comunidad conyugal; pero se trata en tal caso de cosa distinta de la pensión alimenticia".

La determinación del valor de la prestación alimenticia entre los cónyuges, cuyo matrimonio ha sido disuelto, ofrece en algunas legislaciones, un límite máximo. Así, la francesa, en el art. 301, lo establece en un tercio de los rendimientos del deudor, la peruana (art. 260) en el mismo nivel.

En España, el art. 142, nº I, no establece un límite máximo, obedeciendo al principio de la proporcionalidad; entre los cónyuges, el factor decisivo para la

---

(58) Josserand, ob. cit., tomo I, vol. II, págs. 307/308.

prestación de alimentos es la posición social de la familia y no la situación individual de aquel que está obligado a cumplir con la obligación, atendiendo también al caudal o medios suyos, pero no influye el rango nobiliario a que pertenezca uno de ellos por su nacimiento, pues la ley se apoya en la posición social de la entidad familiar y no en la personal de algunos de sus individuos, - lo que ha de tenerse en consideración para el cumplimiento del deber alimenticio (59).

Nosotros no tenemos una base prefijada; para la fijación de los alimentos existe el art. 400 que proclama el principio de la proporcionalidad, conforme al cual el "quantum" será establecido según las necesidades del reclamante y los recursos de la persona obligada a pasar la pensión de alimentos, atendiéndose a las particularidades específicas de cada caso.

#### R E V I S I O N

73. Ya acentuamos que tanto en el desquite litigioso como en el amigable, la prestación en dinero que un cónyuge pasa al otro tiene el carácter de indemnización. Ya

---

(59) Cf. Castán Tobeñas, ob. cit., tomo V, vol. I. pág. 146/147. También Manresa ob. cit., vol. I. pág. - 705/706.

en la fijación judicial de la pensión, ya en el acuerdo, el pago de la cuantía determinada no es establecido hasta la muerte de uno de ellos, pero tienen en vista, única y simplemente pasar al necesitado una prestación de alimentos.

Ahora bien, en vista de este carácter alimenticio, hemos de tener en cuenta el principio establecido por el art. 401, que dispone así: "Si, fijados los alimentos, sobreviniese cambio en la fortuna de quien los da o de quien los recibe, podrá el interesado reclamar del juez, conforme a las circunstancias, exoneración, reducción o agravación de la carga".

Este artículo estatutye categóricamente la posibilidad de la revisión de la pensión alimenticia, según el principio de la proporcionalidad.

Somos de la opinión de que la pensión alimenticia sea fijada por sentencia judicial, en el caso del desquite litigioso, o por acuerdo entre las partes, en el desquite por mutuo consenso, cabrá su revisión siempre que hechos determinantes así lo exijan.

La pensión alimenticia está siempre orientada por la cláusula "rebus sic stantibus", estableciendo una excepción a la cosa juzgada. Es necesario tener en cuenta que los alimentos son siempre dados "ad necessitatem"

y mejorando la fortuna del que los suministra y careciendo el alimentado de una pensión más elevada, nada más - justo que elevarla.

Además, la devaluación del poder adquisitivo de la moneda contribuye a dar más fuerza a este punto de vista. La determinación de los alimentos no se reviste del carácter de irrevocabilidad, sino que debe fluctuar según las circunstancias.

Los cónyuges al establecer entre sí la pensión alimenticia dan al acuerdo mayor fuerza en su cumplimiento, amparándolo legalmente, pero esto no significa que lo ajustado sea inmutable. Lo mismo tiene lugar cuando la cuantía ha sido determinada por sentencia judicial: la pensión obtiene fuerza para su cumplimiento, y ella será mantenida hasta que nuevos hechos vengan a demostrar que la cuantía señalada ya no cumple con su verdadera razón de ser, basada en la cláusula "rebus sic stantibus" (60).

---

(60) Véase Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", trad. española de la 2ª ed. alemana, Barcelona, 1936, - páginas 3903/91; Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil, vol. I, trad. española, Buenos Aires, 1.944, páginas 351/356; Liebman, "Eficacia y Autoridad de la sentencia" trad. española, Buenos Aires, 1.946, pág. 42; Prieto Castro, "La condena a prestación", en la Revista de Derecho Procesal, nº I, 1954, Madrid, págs. 3 y sgts.

Así, pues, la pensión alimenticia, sea entre los cónyuges, sea entre los parientes, sufre revisión, cuando hechos concretos o circunstancias apreciables patenticen que ya no responde al fin para el que fué destinado, pudiendo entonces sufrir "exoneración, reducción o agravación de la carga", para usar las palabras del Código.

---ooOoo---

## B I B L I O G R A F I A

- ARRAZOLA, LORENZO - "Enciclopedia Española de Derecho y Administración", tomo II - Imprenta de los Señores Andrés y Díaz - Madrid - 1849.
- AUERY (C.) Y RAU (C.) - "Cours de Droit Civil Français", tomo VI, 4ª ed. - Imprimerie el Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, Imprimeurs, Editeurs - Paris - 1873.
- BELTRAN DE HEREDIA DE ONIS, PABLO - "La obligación legal de alimentos entre parientes", en Acta Salmanticensia, Derecho, Tomo III, nº 3, Universidad de Salamanca, 1958.
- BEVILAQUA, CLOVIS - "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vols. II y V, 11ª ed. - Livraria Freitas Bastos S/A - Rio de Janeiro - 1956.
- BEVILAQUA, CLOVIS - "Direito da Família", 8ª ed. - Livraria Freitas Bastos S/A - Rio de Janeiro - 1956.
- BO, GIORGIO - "Il diritto degli alimenti", vol. I, 2ª ed. Dott. A. Guiffré, Editore - Milano - 1935.
- BONNECASE, JULIEN - "Elementos de Derecho Civil", tomo I trad. - Editorial José M. Cajica Jr. - México - 1945.
- BONET RAMON, FRANCISCO - "Derecho Civil Común y Foral", tomo II - Instituto Editorial Reus - Madrid - 1940.
- BORDA, GUILLERMO A. - "Tratado de Derecho Civil Argentino", vol. II (Familia) - Editorial Perrot - Buenos Aires - 1955.
- CALAMANDREI, PIERO - "Providencias Cautelares", trad. - Editorial Bibliográfica Argentina - Buenos Aires 1945.
- CALAMANDREI, PIERO - "Estudios sobre el Proceso Civil", trad. Editorial Bibliográfica Argentina - Buenos Aires - 1945.

- CARNELUTTI, FRANCISCO - "Sistema de Derecho Procesal Civil", vol. I, trad. - Uthes Argentina - Buenos Aires - 1944.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE - "Derecho Civil Español, Común y Foral", tomo V, vol. II (Derecho de Familia), 7ª ed. Instituto Editorial Reus - Madrid - 1958.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE - "Los derechos de personalidad", - en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1952, II, nº 192 - Instituto Editorial Reus - Madrid - 1952.
- CICU, ANTONIO - "La filiación", trad., 1ª ed. - Librería General de Victoriano Suárez - Madrid - 1930.
- CICU, ANTONIO - "El Derecho de Familia", trad. - Ediar Soc. Anon. Editores - Buenos Aires - 1947.
- COELHO DA ROCHA, M.A. - "(Instituições de) Direito Civil Português", tomo I, 4ª ed. - Imprensa da Universidade - Coimbra - 1876.
- COLIN (AMEROSIO) Y CAPITANT (H.). - "Curso Elemental de Derecho Civil", tomo I, trad. 2ª ed. - Instituto Editorial Reus - Madrid - 1941.
- COSTA, EMILIO - "Historia del Derecho Romano Público y Privado", trad. - Editorial Reus - Madrid, - 1930.
- ESPIN CANOVAS, DIEGO - "Manual de Derecho Civil Español" vol. IV - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid, 1956.
- FERNANDEZ CLERICO, LUIS - "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada" - Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana - México - 1947.
- FUENMAYOR CHAMPIN, AMADEO DE - "La deuda alimenticia del donatario", en la Revista de Derecho Privado, - 1942, tomo XXXVI, págs. 154 y sgts. - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid - 1942.
- GUASP, JAIME - "Derecho Procesal Civil" - Instituto de Estudios Políticos - Madrid - 1956.

- GOLDSCHMIDT, JAMES - "Derecho Procesal Civil", trad. - Editorial Labor S/A - Barcelona - 1936.
- GARCIA FERNANDEZ, JOSE - "El Derecho a Alimentos del cónyuge sobreviviente, los herederos y legatarios" en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 118, 1911, pág. 304 y sgts. - Imprenta de la Revista de Legislación - Madrid - 1911.
- JOSSERAND, LOUIS - "Derecho Civil", tomo I, vol. II, - trad. Bosch y Cía. Editores - Buenos Aires - 1950.
- KIPP (THEODORO) Y WOLFF (MARTIN) - "Derecho de Familia" vol. I, trad., 1ª ed. (Tratado de Derecho Civil, Ludwig Enneccerus, Theodoro Kipp y Martin Wolff 4ª tomo - vol. I, Derecho de Familia) - Bosch, Casa Editorial - Barcelona - 1946.
- LAFAYETTE RODRIGUEZ-PEREIRA - "Direitos da Família", 5ª ed. Livraria Freitas Bastos S/A - Rio de Janeiro 1956.
- LIEBMAN, ENRICO TULLIO - "Eficacia Autoridad de la sentencia", trad. - Ediar S/A, Editores - Buenos Aires - 1946.
- LEHMANN, HEINRICH - "Derecho de Familia" (Tratado de Derecho Civil, vol. IV), trad. - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid - 1953.
- MACKENZIE - "Estudios de Derecho Romano", trad. - Francisco Gongora, Editor - Madrid - 1876.
- MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA - "Comentarios al Código Civil Español", tomo I, 6ª ed. - Instituto Editorial Reus - Madrid - 1943.
- MUCIUS SCAEVOLA, QUINTUS - "Código Civil", tomo III, 5ª ed. - Instituto Editorial Reus - Madrid - 1942.
- PIÑAR LOPES, ELAS - "La prestación alimenticia en nuestro Derecho Civil", en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 199, 2º semestre, 1955, págs. 7 y sgts. - Instituto Editorial Reus - Madrid - 1955.



- PLANIOL (MARCELO) Y RIPERT (JORGE) con colaboración de ROUAST (ANDRES) - "Tratado Práctico de Derecho Civil - Francés", tomo II, trad. - Editorial Cultural S. A. - Habana - 1946.
- PRIETO CASTRO, L. - "La condena a prestación", en la Revista de Derecho Procesal, nº 1, 1954, págs. 3 y sgts. - Grafica Clemares - Madrid - 1954.
- PUIG PEÑA, FEDERICO - "Alimentos", en la Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo II, págs. 579 y sgts. - Francisco Seix, Editor - Barcelona - 1950.
- PUIG PEÑA, FEDERICO - "La deuda alimenticia entre los parientes", en la Revista General de Derecho, tomo IV, 1948, pág. 130 y sgts. - Valencia - 1948.
- ROCCO, UGO - "Trattato di Diritto Processuale Civile", - vol. I, Unione Tipografico, Editrice Torinese - Torino - 1957.
- ROYO MARTINEZ, MIGUEL - "Derecho de Familia" - Imprenta Suarez - Sevilla - 1949.
- RUGGIERO, ROBERTO DE - "Instituciones del Derecho Civil" vol. II, trad. - Editorial Reus S/A - Madrid, - 1931.
- SANCHEZ ROMAN, FELIPE - "Estudios de Derecho Civil", tomo V, vol. II, 2ª ed. - Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra" - Madrid - 1898.
- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO - "Tratado de Derecho Civil Español", tomo IV, 4ª ed. - Talleres Tipográficos "Cuesta" - Valladolid - 1938.
- VECCHIO, GIORGIO DEL - "Filosofía del Derecho", tomo I, 2ª ed. - trad. - Bosch, Casa Editorial - Barcelona - 1935.

## I N D I C E

### LOS ALIMENTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

#### SEGUN LA LEGISLACION BRASILEÑA

- - -

	<u>Páginas</u>
PROLOGO . . . . .	1

### T I T U L O    I

#### NOCIONES    GENERALES

#### CAPITULO I

#### CONCEPTO, ESPECIES Y FUNDAMENTOS

1. - Lo que se entiende por alimentos . . . . .	7
2. - Concepto . . . . .	15
3. - Clases . . . . .	15
4. - Especies . . . . .	18
5. - Fundamentos: apreciación del aspecto moral , familiar y estatal . . . . .	24
6. - Derecho a la vida . . . . .	33

7. - Nuestro estudio. . . . .	<u>Páginas</u> 35
-------------------------------	----------------------

## CAPITULO II

### ASPECTOS DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA Y SUS CARACTERES

8. - Obligación legal alimenticia . . . . .	37
9. - Sujetos . . . . .	39
10. - Personalidad de la deuda . . . . .	41
11. - Condicionalidad . . . . .	43
12. - Proporcionalidad . . . . .	52
13. - Intransmisibilidad. . . . .	55
14. - Irrenunciabilidad . . . . .	59
15. - No solidaridad y divisibilidad . . . . .	60
16. - Reciprocidad . . . . .	66
17. - Impignorabilidad. . . . .	71
18. - Incompensabilidad . . . . .	72
19. - Indisponibilidad y no restitución . . . . .	73
20. - Prescripción . . . . .	75

## CAPITULO III

### FIJACION, REVISION Y EXONERACION

21. - Valor de la proporcionalidad y condicionalidad en la fijación. . . . .	80
22. - Renta y no capital . . . . .	84

	<u>Páginas</u>
23. - Pago por tercero . . . . .	86
24. - Manera de prestar los alimentos: dinero y hospedaje . . . . .	88
25. - Justa causa para no recibir alimentos en forma de hospedaje . . . . .	94
26. - Prueba y descuento en la hoja de pago. .	99
27. - Acuerdo y homologación . . . . .	106
28. - Revisión y exoneración . . . . .	108

#### CAPITULO IV

#### NACIMIENTO Y EXTINCION

29. - Nacimiento de la obligacion alimenticia.	113
30. - Lugar donde se efectua el pago . . . . .	117
31. - Prisión por incumplimiento de la obliga- ción . . . . .	119
32. - Extinción . . . . .	129
33. - Gastos de funeral. . . . .	136
Ley nº 968, de 10 de diciembre de - 1939. . . . .	140

T I T U L O   I I

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES. MENORES

CAPITULO   I

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

34. - Quien debe abonar los alimentos y desde cuando son debidos. . . . .	144
35. - Personas obligadas . . . . .	149
36. - Parentesco: noción. Legítimo e ilegíti- mo, natural y civil. . . . .	152
37. - Hijos legítimos . . . . .	156
38. - Hijos ilegítimos. . . . .	161
39. 9 Adopción . . . . .	175

CAPITULO   II

MENORES. PATRIA POTESTAD

40. - Patria potestad: nociones históricas. .	180
41. - Nuevos aspectos . . . . .	182
42. - El instituto de la patria potestad . .	186
43. - Alimentos en la patria potestad.. . . .	191

	<u>Páginas</u>
44. - Venta de bienes del hijo . . . . .	195
45. - Delegación de la patria potestad . . . .	198

### CAPITULO III

#### MEÑORES. TUTELA

46. - Tutela: ¿qué es? . . . . .	201
47. - Obligaciones del tutor. Alimentos al pupilo . . . . .	204
48. - Persona encargada de la guarda del menor	209

### CAPITULO IV

#### MEÑORES. ABANDONADOS

49. - Menores abandonados . . . . .	212
50. - Pérdida de la patria potestad debido al abandono del menor . . . . .	214
51. - Clases de menores abandonados . . . . .	215
52. - Alimentos a los menores abandonados. Fijación y proceso.. . . .	216

T I T U L O    I I I

ALIMENTOS EN EL MATRIMONIO.

CAPITULO I

ALIMENTOS MIENTRAS DURE EL MATRIMONIO

53. - Asistencia mutua . . . . .	221
54. - Cohabitación: ¿cabe alimentos? . . . . .	224
55. - Al marido incumbe la obligación de alimen- tos y subsidiariamente a la mujer . .	229
56. - Matrimonio putativo . . . . .	232

CAPITULO II

ALIMENTOS EN LA SEPARACION DE HECHO

57. - Separación de hecho . . . . .	237
58. - Abandono por la mujer. Justa causa . . . .	238
59. - Abandono por el marido . . . . .	247
60. - Mutuo acuerdo . . . . .	248

CAPITULO III

ALIMENTOS EN EL TRANCURSO DEL PROCESAMIENTO DE LA  
DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. ALIMENTOS PRO-  
VISIONALES

- |  |     |
|--|-----|
| 61. - Separación de cuerpos . . . . .                            | 253 |
| 62. - Alimentos provisionales. "Alimenta in li-<br>tem". . . . . | 255 |
| 63. - Alimentos provisionales al marido . . . .                  | 264 |

CAPITULO IV

ALIMENTOS DESPUES DE DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL

- |  |     |
|--|-----|
| 64. - La disolución de la sociedad conyugal: el<br>desquite . . . . .                  | 267 |
| 65. - La obligación alimentar en el desquite. .  | 270 |
| 66. - El factor culpa en la determinación de -<br>los alimentos entre los cónyuges . . | 273 |
| 67. - Naturaleza jurídica de la pensión alimen-<br>ticia entre cónyuges . . . . .      | 277 |
| 68. - El requisito de la inocencia. . . . .  | 284 |
| 69. - El requisito de pobreza . . . . .  | 287 |



Páginas

70. - Renunciabilidad de los alimentos en el des-	
quite . . . . .	289
71. - Alimentos al cónyuge marido . . . . .	294
72. - Acuerdo y fijación . . . . .	302
73. - Revisión . . . . .	305
B I B L I O G R A F I A . . . . .	309
I N D I C E . . . . .	313

---oo0oo---